

Arbeidstakers rettigheter i private hjem

Kandidatnummer: 204

Leveringsfrist: 2. juni

Veileder: Kirsten Ketscher

Til sammen 34 176 ord

02.06.2008

Innholdsfortegnelse

DEL I

INNLEDNING	1
1 Oppgavens tema	1
2 Bakgrunn for valg av tema	3
3 Begrepsavklaring og avgrensning	4
3.1 Arbeidstaker	4
3.2 Arbeidsgiver	5
3.3 Hjemmetjenesten	5
3.4 Tjenestemottaker	6
3.5 Arbeidsplass	7
3.6 Forholdet mellom arbeidsgiver, arbeidstaker og tjenestemottaker - ytterligere avgrensning av oppgaven	8
4 Arbeidervernlovgivningens utvikling i Norge.....	10
5 Kvinne- og kjønnsperspektiv.....	12
5.1 Innledning.....	12
5.2 Kjønnsperspektiv på arbeidstakerne.....	12
5.3 Strukturell diskriminering av kvinnearbeidsplasser	13
6 Det juridiske rammeverk.....	17
6.1 Utgangspunkter	17
6.2 Arbeidsavtalen.....	17

6.3	Lovgivningen	19
6.4	Norges internasjonale forpliktelser og forholdet til nasjonal lovgivning	19

7	Oversikt over oppgavens videre fremstilling	21
----------	--	-----------

DEL II

OVERSIKT OVER ARBEIDSTAKERS RETTIGHETER I PRIVATE HJEM	23
---	-----------

1	Arbeidsmiljølovens formål og virkeområde	23
----------	---	-----------

2	Hovedreglen om fullt forsvarlig arbeidsmiljø.....	24
----------	--	-----------

3	Krav til tilrettelegging, medvirkning og utvikling.....	28
----------	--	-----------

4	Krav til det psykososiale arbeidsmiljø etter arbeidsmiljølovens § 4-3	30
----------	--	-----------

4.1	Utgangspunkt	30
-----	--------------------	----

4.2	Arbeidstakers rett til verdighet og integritet.....	31
-----	---	----

4.2.1	Innledning.....	31
-------	-----------------	----

4.2.2	Innholdet i verdighets- og identitetskravet.....	31
-------	--	----

4.3	Arbeidstakers rett til vern mot vold og trusler.....	32
-----	--	----

4.3.1	Innledning.....	32
-------	-----------------	----

4.3.2	Voldsbegrepet i arbeidsmiljøloven.....	33
-------	--	----

4.3.3	Trusselbegrepet i arbeidsmiljøloven	35
-------	---	----

4.3.4	”Uheldige belastninger”	36
-------	-------------------------------	----

4.3.5	”Så langt det er mulig”	36
-------	-------------------------------	----

4.3.6	Hvem er arbeidstaker beskyttet mot.....	37
-------	---	----

4.4	Arbeidstakers rett til vern mot trakassering og annen utilbørlig opptreden	38
-----	--	----

4.4.1	Innledning.....	38
-------	-----------------	----

4.4.2	Trakasseringsbegrepet.....	38
-------	----------------------------	----

4.4.3	Annen utilbørlig opptreden	40
4.4.4	Særlig om seksuell trakassering	41
4.4.5	Aktuelle tiltak mot seksuell trakassering i hjemmetjenesten	43
5	Krav til det fysiske arbeidsmiljøet etter arbeidsmiljølovens § 4-4.....	44
5.1	Utgangspunkt	44
5.2	Arbeidstakers rett til vern etter arbeidsmiljølovens § 4-4 (1) og (2).....	46
5.2.1	Innledning.....	46
5.2.2	Bygningsmessige forhold.....	47
5.2.3	Utstyrmessige forhold.....	48
5.2.4	Arbeidstakers rett til et forsvarlig inneklima/vern mot forurensing	49
5.2.4.1	Forsvarlig inneklima	49
5.2.4.2	Inneklimaet i private hjem.....	50
6	Særlig om kjemisk og biologisk helsefare, arbeidsmiljølovens § 4-5	51
6.1	Vernet mot kjemisk og biologisk helsefare	51
6.1.1	Rett til informasjon om smittefare.....	52
7	Retten til ikke å bli diskriminert.....	54
7.1	Innledning.....	54
7.2	Begrepet diskriminering	55
7.3	Diskrimineringsgrunnlag.....	56
7.4	Nærmere om det strukturelle diskrimineringsvernet.....	57
7.5	Vilkår for å karakterisere en handling som diskriminerende	58
7.6	Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling etter likestillingsloven.....	58
7.7	Unntak fra forbudet mot diskriminering etter diskrimineringsloven.....	62

DEL III

UTVALGTE PROBLEMSITUASJONER I PRIVATE HJEM.....63

1 Innledning63

2 Utvalgte problemsituasjoner vedrørende det psykososiale arbeidsmiljøet.....64

2.1 Oversikt64

2.2 Eksponering for pornografisk materiale64

2.2.1 Problemstillingen64

2.2.2 Integritetskrenkende eller trakasserende pornografi65

2.2.3 Kan ansatte i hjemmetjenesten kreve at tjenestemottaker fjerner pornografisk materiale?67

2.3 Tilrettelegging av tjenestemottakers seksuelle behov67

3 Utvalgte problemsituasjoner vedrørende det fysiske arbeidsmiljøet69

3.1 Oversikt69

3.2 Eksponering for tobakksrøyk69

3.2.1 Bakgrunn69

3.2.2 Eksemplifisering av problemstillingen – RÅ 1990 ref 44.....70

3.2.3 Arbeidstakers rett til et røykfritt arbeidsmiljø i private hjem.....72

a) Etter tobakksskadeloven.....72

b) Etter arbeidsmiljøloven75

c) Etter menneskerettighetene75

3.2.4 Konflikten mellom arbeidstakers rett til et røykfritt arbeidsmiljø og tjenestemottakers rett til å røyke i eget hjem.....76

3.3 Tekniske hjelpemidler og ommøbleringer78

3.3.1 Arbeidstakers behov for tekniske hjelpemidler og ommøbleringer78

3.3.2 Konflikten mellom arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge arbeidsmiljøet og tjenestemottakers rett til selvbestemmelse i eget hjem.....79

3.4 Uhygieniske forhold.....82

3.4.1	Innledning.....	82
3.4.2	Arbeidsgivers plikt til å sikre et fullt forsvarlig hygienisk arbeidsmiljø for sine ansatte contra tjenestemottakers rett til selvbestemmelse	83
4	Utvalgte problemsituasjoner vedrørende diskriminering	86
4.1	Innledning.....	86
4.2	Diskriminering pga kjønn.....	87
4.3	Diskriminering pga etnisitet	92
5	Oppsummering	96

DEL IV

SANKSJONSRETTIGHETER, TILTAK OG HÅNDHEVINGSAPPARAT97

1 Retten til å varsle om kritikkverdige forhold når arbeidsplassen er i private hjem.....97

1.1	Innledning.....	97
1.2	Kritikkverdige forhold.....	98
1.3	Forsvarlig varslings.....	99
1.4	Lovbestemt begrensning i adgangen til å varsle.....	99
1.5	Rett til å varsle tilsynsmyndighetene.....	101

2 Retten og plikten til å avbryte arbeidet.....103

2.1	Innledning.....	103
2.2	Hvem er det som må være i fare.....	104
2.3	Hvem er det som avgjør når arbeidet skal avbrytes	104
2.4	Nærmere om uttrykket ”fare for liv og helse”	106
2.5	Retten og plikten til avbryte arbeidet i hjemmetjenesten	107

3	Heving av arbeidsavtalen.....	110
4	Tiltak for å skape et forsvarlig arbeidsmiljø i hjemmetjenesten	111
4.1	Kartlegging av arbeidsmiljø	111
4.2	Systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid (HMS-arbeid).....	112
4.3	Bedriftshelsetjeneste.....	115
5	Konfliktløsnings- og håndhevingsapparat	116
5.1	Det organiserte vernearbeid.....	116
5.1.1	Innledning.....	116
5.1.2	Verneombud	116
5.1.3	Arbeidsmiljøutvalg	118
5.2	Arbeidstilsynet	118
5.2.1	Innledning.....	118
5.2.2	Kontrollhemler	119
5.2.3	Reaksjonshemler	121
5.3	Likestillings - og diskrimineringsombudet og Likestilling - og diskrimineringsnemnda	122
5.3.1	Innledning.....	122
5.3.2	Likestillings- og diskrimineringsombudet.....	123
5.3.3	Likestillings- og diskrimineringsnemnda	123
5.4	Domstolene.....	124
 DEL V		
AVSLUTNING.....		126
1	Avsluttende bemerkninger	126
LITTERATURLISTE		

DEL I

INNLEDNING

1 Oppgavens tema

Temaet for denne oppgaven er hvilke rettigheter arbeidstakere i hjemmetjenesten har i det private hjem.

Arbeidstilsynet har i sine tilsynsundersøkelser i hjemmetjenesten de senere år avdekket omfattende brudd på arbeidstakers rettigheter og et klart behov for forbedringer i arbeidsmiljøbetingelsene for de ansatte.¹ En mulig årsak til bruddene er at arbeid som utføres i private hjem tradisjonelt har møtt en argumentasjon om at denne gruppen arbeidstakere ikke kan ha samme vern som andre arbeidstakere. Argumentasjonen kan både ha vært begrunnet ut fra et økonomisk perspektiv, men også ut fra at de problemer kommunen har som både arbeidsgiver og som tjenestetilbyder, hvilket i stor grad har gått utover de ansattes arbeidsmiljøbetingelser. Arbeidsrettens historie viser at utviklingen av de rettigheter som vi i dag tar som en selvfølge, nesten var utenkelig da de ble foreslått.

Oppgavens tema er ikke bare av betydning for de ansatte i hjemmetjenesten, men også for hjemmetjenesten som sådan. God tjenestekvalitet forutsetter et kompetent og stabilt personale.² For å kunne rekruttere og holde på kompetent personell må hjemmetjenesten kunne tilby gode og stabile arbeidsvilkår. Manglende oppfyllelse av arbeidsmiljølovens

¹ Jfr Arbeidstilsynets tilsynsundersøkelser i hjemmetjenesten fra 2002-2007, kalt "Rett hjem- kampanjen." Mer informasjon om kampanjen finnes på Arbeidstilsynets hjemmeside: www.atil.no.

² St.meld. nr. 25 (2005-2006) punkt 7.4.1, s. 66.

regler vil på sikt kunne bidra til å svekke rekrutteringen til hjemmetjenesten, noe som igjen kan medføre fare for dårligere kvalitet på den omsorgen som gis til brukerne. Tiltak for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for ansatte i hjemmetjenesten vil derfor være viktig for å holde på de ansatte som allerede arbeider i hjemmetjenesten, men også for å gi bedre grunnlag for videre rekruttering. En vedvarende neglisjering av arbeidstakers rettigheter i private hjem vil dessuten kunne gjøre det mer attraktivt å jobbe på sykehus og andre helseinstitusjoner, fordi arbeidet der i større grad kan tilrettelegges. Mange kommuner sliter med å rekruttere både fagfolk og ufaglærte til hjemmetjenesten. Dagens gode arbeidsmarked kan gjøre det vanskelig å få tak i folk som vil arbeide i hjemmetjenesten hvis arbeidsmiljøbetingelsene er dårlige.

I dag er situasjonen at sykehusene skriver ut stadig dårligere pasienter samtidig som det har blitt færre institusjonsplasser.³ Konsekvensen er at det er flere og dårligere pasienter som bor hjemme sammenlignet med tidligere, og som derfor trenger hjelp fra hjemmetjenesten. Det økende behovet for hjemmetjenester vil derfor tilsi økt behov for arbeidskraft.⁴

Dersom hjemmetjenesten sliter med å få tak i tilstrekkelige kompetente medarbeidere vil det kunne medføre økt belastning på dem som blir igjen og som skal utføre det daglige arbeidet. Man kommer inn i en ond sirkel som vil kunne bidra til å svekke tjenestens omdømme.⁵

Det offentlige har således ikke bare en plikt overfor arbeidstaker, men burde også ut fra egeninteresse sørge for at arbeidstakers rettigheter ivaretas på en forsvarlig måte.

³ NOU 2004:18, kapittel 5.2.

⁴ St. meld nr. 25(2005-2006) punkt 2.5.2, punkt 3.2 og punkt 6.6.1.

⁵ Hernes (2007) s. 13 uttalelser fra Edle Utaaker som var prosjektleder for "Rett Hjem"-kampanjen.

2 Bakgrunn for valg av tema

I de fleste av landets kommuner har målsettingen i flere år vært at pasienten skal bo hjemme så lenge som mulig.⁶ Denne målsettingen er en del av effektiviseringspolitikken i helsevesenet og er et utslag av ”LEON-prinsippet” – tjenesteyting på lavest effektive omsorgsnivå.⁷ For at tjenestemottakerne skal kunne bo hjemme så lenge som mulig er de avhengig av at tilbudet om hjemmetjenesten fungerer bra. Og hvis tilbudet om hjemmetjenester ikke fungerer tilfredsstillende, vil mange tjenestemottakere ønske seg inn på institusjon fordi de ikke føler seg godt nok ivaretatt hjemme. Kommunen kan for eksempel tilby omfattende bistand i hjemmet før kostnadene kommer på samme nivå eller overskrider hva en institusjonsplass koster. Hensynet til kommunens økonomi tilsier derfor også at man bør strekke seg langt for å sørge for et velfungerende hjemmetjenestetilbud.

Samfunnsøkonomisk vil det også kunne være lønnsomt at de ansatte sikres et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Manglende tilrettelegging av arbeidsmiljøet øker faren for sykemeldinger som følge av helseproblemer hos de ansatte. Det er det offentlige som i stor grad også blir belastet for helseutgifter til behandlinger osv.⁸

Arbeid i andres private hjem reiser spesielle utfordringer for arbeidsmiljøet. Arbeidstakers krav og ønske om å utføre sine arbeidsoppgaver på bestemte måter kan for tjenestemottaker oppleves som en invadering av vedkommendes privatliv. Videre kan arbeidstakers reservasjon mot å utføre spesielle arbeidsoppgaver kunne oppleves som en avvisning. Tjenestemottaker eller pårørende har av og til ulik oppfating eller ønsker om hvordan jobben skal utføres. Arbeidstaker er kommunens ansikt utad og risikerer å bli utsatt for uønsket atferd. I ekstreme situasjoner kan enkelte arbeidstakere oppleve vold eller trusler om vold, dersom tjenestemottaker eller pårørende mener seg berettiget til hjelp de ikke får.

⁶ NOU 2004:18, kapittel 5.2.

⁷ Hestnes (1998).

⁸ NOU 2007:8, punkt 9.3.2.

Etter Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 15. juni, 2005, nr 38 (arbeidsmiljøloven, forkortet aml.) gjelder lovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø også når arbeidet utføres i andres hjem.⁹ Et viktig og praktisk spørsmål er hvordan dette ansvaret skal gjøres gjeldende når hensynet til et godt arbeidsmiljø kommer i konflikt med hensynet til det private hjemms integritet.¹⁰

Jeg er selv utdannet som sykepleier og har blant annet erfaring fra arbeid i hjemmetjenesten. Oppgavens eksempler vil derfor bære preg av utfordrende situasjoner jeg selv har opplevd i hjemmetjenesten, herunder hvor vanskelig det kan være å få til en god dialog med pasient/bruker når det gjelder tilrettelegging av hjemmet som arbeidsplass.

3 Begrepsavklaring og avgrensning

3.1 Arbeidstaker

I arbeidsmiljølovens § 1-8 (1) er arbeidstaker definert som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Med arbeidstaker mener jeg i denne oppgaven ansatte som arbeider i hjemmetjenesten og som har arbeidskontrakt med kommunen.

I dag er det innført fritt brukervalg i mange av landets kommuner. Det innebærer at private firmaer påtar seg å utføre arbeidsoppgaver på vegne av kommunen i henhold til det kommunale vedtaket. Jeg har derfor valgt å innlemme ansatte i private firmaer og vikarbyråer i min definisjon. Personer ansatt direkte av pasienten eller brukeren har jeg imidlertid valgt å holde utenfor denne oppgaven fordi pasient/brukeren da selv er å anse

⁹ I Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s.3 står det for øvrig at regjeringens mål er at alle skal få et like godt vern, uansett hvilken lovgivning de reguleres av.

¹⁰ NOU 1999:34, punkt 7.1.3.

som arbeidsgiver. Arbeid i arbeidsgivers hjem er i henhold til arbeidsmiljølovens § 1-5 særskilt regulert i Forskrift av 5. juli 2002 nr. 716 om husarbeid, tilsyn og pleie i privat arbeidsgivers hjem eller hushold.¹¹

3.2 Arbeidsgiver

I arbeidsmiljølovens § 1-8 (2) er arbeidsgiver definert som ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. I denne oppgaven vil jeg først og fremst bruke begrepet om kommunen som arbeidsgiver. Det er kommunen som etter Lov om helsetjenesten i kommunene av 19. november 1982, nr. 66 (kommunehelsetjenesteloven) og Lov om sosiale tjenester m.v av 13. desember 1991, nr. 81(sosialtjenesteloven) har ansvaret for å yte tjenester til tjenestemottakerne. På grunn av økende bruk av konkurranseutsetting er det imidlertid også stadig flere private aktører som yter hjemmetjenester. Disse vil også omfattes av arbeidsgiverbegrepet i denne oppgaven.

En særordning innen det kommunale hjemmetjenestetilbudet er brukerstyrt personlig assistent (forkortes BPA), jfr sosialtjenestelovens § 4-2 bokstav a. Et særtrekk ved BPA er at arbeidsleder- og arbeidsgiveransvaret som oftest er delt. Arbeidsgiveransvaret kan ligge hos kommunen, et andelslag (for eksempel ULOBA) eller hos tjenestemottaker.¹² De tilfeller hvor tjenestemottaker selv er arbeidsgiver for sin assistent vil falle utenfor min definisjon. Det samme gjelder når tjenestemottaker selv er å anse som arbeidsgiver ved ansettelse av dagmamma eller praktikant.

3.3 Hjemmetjenesten

Hjemmetjenesten omfatter både ”hjemmesykepleien” og ”hjemmehjelpstjenesten”.

¹¹ FOR-2002-07-05-716.

¹² Guldvik (2001) s. 7.

Hjemmesykepleien yter primært hjelp etter kommunehelsetjenesteloven og skal således yte hjelp til pleie og omsorgsoppgaver. De ansatte i hjemmesykepleien er sykepleiere, helsearbeidere¹³ og ufaglærte pleieassistenter.

Hjemmehjelpstjenesten yter primært hjelp til praktisk bistand etter sosialtjenesteloven. Typiske arbeidsoppgaver er hjelp til rengjøring og handling. De ansatte er omsorgsarbeidere, hjemmehjelpere med fagprøve og andre ufaglærte.

Det er ofte en flytende overgang mellom hjemmesykepleien og hjemmehjelpstjenesten. Tidligere ble arbeidet gjerne organisert slik at samme person gjorde både enkle pleieoppgaver samt gav hjelp til praktisk bistand som handling og rengjøring. En slik organisering er arbeidsbesparende, og er fortsatt i bruk, ikke minst i mindre kommuner. I dag er det imidlertid også mange kommuner som opererer med et skarpere skille mellom disse tjenestene. Dette er først og fremst begrunnet i at det vil være lettere å kunne konkurranseutsette tjenestene. Det er hjelp til praktisk bistand som i første omgang er blitt konkurranseutsatt.

Som følge av at en del av kommunens hjemmetjenester nå i økende grad er gjenstand for konkurranseutsetting, vil også virksomheten til private firmaer som yter hjelp i henhold til avtale med kommunen omfattes av min bruk av uttrykket ”hjemmetjeneste”.

3.4 Tjenestemottaker

Med tjenestemottaker mener jeg i denne oppgaven de mennesker som er innvilget hjelp til praktisk bistand etter sosialtjenesteloven og/eller helsehjelp etter

¹³ Helsearbeider er tittelen på en ny yrkesutdanning som omfatter den tidligere hjelpepleier- og omsorgsarbeiderutdanningen.

kommunehelsetjenesteloven. Vanlig terminologi i praksisfeltet er henholdsvis bruker og pasient, men for enkelthets skyld vil jeg ofte bruke fellesbetegnelsen tjenestemottaker.

3.5 Arbeidsplass

Begrepet arbeidsplass kan defineres på flere måter. I ILO-konvensjon nr. 155 står det "(c) the term workplace covers all places where workers need to be or to go by reason of their work and which are under the direct or indirect control of the employer". Denne konvensjonen er ratifisert av Norge, men definisjonen er ikke inntatt i arbeidsmiljøloven.¹⁴ I Per Arne Larsens bok "Arbeidsmiljøloven" er arbeidsplass definert som alle de stedene hvor en arbeidstaker utfører arbeid. Der heter det at arbeidsplass omfatter: "...både utendørs og innendørs arbeidsplasser, virksomhetens lokaler, leide og andres lokaler, midlertidige og faste anlegg, installasjoner, transportinnretninger osv. Begrepet omfatter også sanitær- og velferdsrom".¹⁵

Med arbeidsplass mener jeg i denne oppgaven tjenestemottakers hjem. Begrunnelsen for denne avgrensningen er at det er der pleien og den praktiske hjelpen ytes. Videre er det her problemene vedrørende arbeidstakers rettigheter oftest oppstår.

Jeg behandler kun den delen av arbeidet som utføres i tjenestemottakers hjem. Den delen av arbeidet som utføres i kommunens eller det private omsorgsfirmaets egne lokaler og den delen av arbeidstiden som brukes på å komme seg til og fra tjenestemottaker vil således ikke bli behandlet i denne oppgaven.

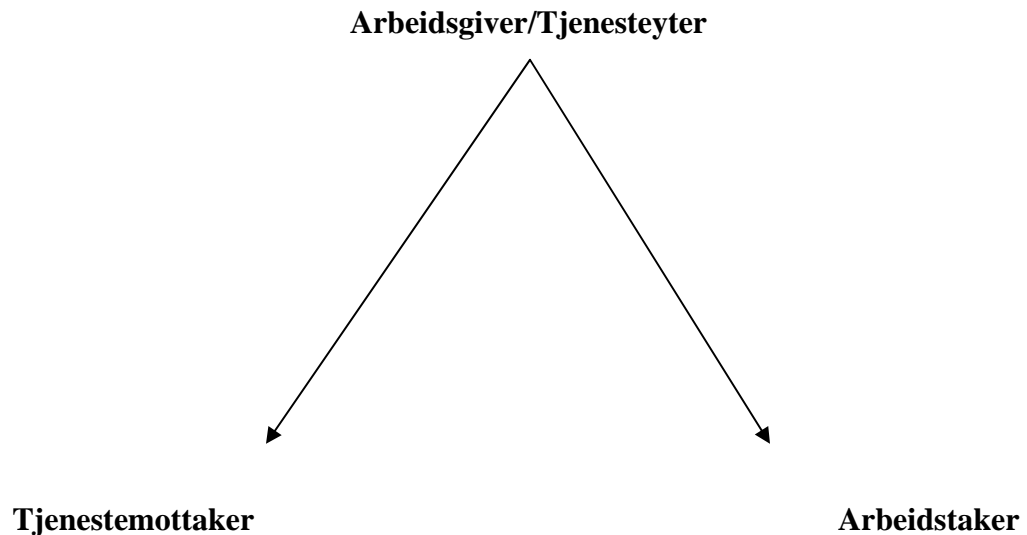
¹⁴ Aune (2005) s. 176.

¹⁵ Ibid.

3.6 Forholdet mellom arbeidsgiver, arbeidstaker og tjenestemottaker - ytterligere avgrensning av oppgaven

Det er kommunen som arbeidsgiver og tjenestetilbyder som er forpliktet til å sikre både arbeidstakers og tjenestemottakers rettigheter. Denne dobbelrollen kan være problematisk. Rollefordelingen vises i figur nr. 1.

Figur nr. 1



Kommunens plikt som tjenesteyter etter sosial og helselovgivningen vedkommer som det klare utgangspunkt ikke arbeidstakers rettigheter. Når arbeidet ikke bare skal utføres hos arbeidsgiver, men også hos en tredjeperson, tjenestemottakeren, kan det imidlertid indirekte oppstå konflikter mellom arbeidstakers rett til et forsvarlig arbeidsmiljø og tjenestemottakers rett til selvbestemmelse i eget hjem.

Den potensielle konfliktsituasjonen oppstår fordi kommunen som arbeidsgiver er ansvarlig for tilrettelegging av arbeidsplassen, og dermed har en plikt til å sørge for at arbeidstakers rettigheter ivaretas også i det private hjem. Dette kan oppnås gjennom dialog med tjenestemottaker eller gjennom å stille vilkår i tildelingsvedtaket. Kommunens ivaretagelse

av arbeidstakers rettigheter gjennom inngrep i tjenestemottakers private sfære kan på denne måten indirekte skape en konflikt mellom arbeidstakers rettigheter overfor kommunen som arbeidsgiver og tjenestemottakers rettigheter overfor kommunen som tjenesteyter.

Mitt fokus i denne oppgaven er arbeidstakers rettigheter, og forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver vil derfor være det sentrale. Hva kommunen som tjenesteyter kan gjøre rent forvaltningsrettslig, herunder hvilke vilkår kommunen lovlig kan stille i sine vedtak når det gjelder tildeling av tjenester, vil således ikke bli nærmere behandlet i denne oppgaven.¹⁶

Når det gjelder den indirekte konflikten som kan oppstå mellom tjenestemottakers og arbeidstakers rettigheter, vil jeg enkelte steder i oppgaven skissere konfliktsituasjonen. Av plasshensyn og på grunn av oppgavens problemstilling vil imidlertid behandlingen av tjenestemottakers rettigheter være begrenset.

Jeg vil også presisere at oppgaven ikke har til hensikt å være en uttømmende gjennomgang av alle rettigheter som kan være aktuelle for arbeidstakere i private hjem. Det er således flere bestemmelser i arbeidsmiljøloven som derfor ikke vil bli behandlet. Jeg har imidlertid valgt de jeg anser som mest relevante.

Jeg har også foretatte enkelte fortløpende avgrensinger i oppgaven der hvor jeg mener det er naturlig.

¹⁶ For videre lesning se Kjellevold (1995) og Graver (2002).

4 Arbeidervernlovgivningens utvikling i Norge

Etablering av arbeidervernlovgivningen har nær sammenheng med industrialiseringen på 1800-tallet. Industrien var i begynnelsen bare i liten grad bundet av restriksjoner som tok hensyn til arbeidernes interesser. Effektivisering gjennom masseproduksjon og bruk av tekniske innretninger, medførte imidlertid en rekke ulemper for arbeidstakerne som tvang frem et behov for beskyttelse. Konsentrasjon av virksomheten og forholdene på arbeidsplassen medførte også en økende grad av organisering blant arbeidstakerne, som igjen resulterte i et større press på myndighetene for å lovfeste arbeidervernet.

I 1892 kom den første arbeidervernlov om tilsyn med arbeid i fabrikker m.v. Denne loven skulle forebygge ulykker og helsefare, og gav også særlig vern for kvinner og barn. Nesten sytten år senere ble fabrikkloven utvidet ved en ny lov som gjaldt for all industriell virksomhet som benyttet mekanisk maskinkraft, samt for alle håndverks- og industribedrifter med minst fem arbeidere. Tilsynet med fabrikker ble ytterligere forsterket frem til 1920, men det var allikevel ikke nok til å holde tritt med fremveksten av alle de nye arbeidsoppgavene og de nye arbeidsplassene. Fra 1920 bremsset utviklingen av arbeidervernet litt opp. Denne utviklingen varte helt til 1936 hvor det kom en ny lov om arbeidsvern som gav mer omfattende beskyttelse for de fleste arbeidsforhold. Blant annet ble det innført alminnelige bestemmelser om vern mot usaklig oppsigelse og om ferie. Etter nærmere tjue år var det imidlertid behov for en lovrevisjon. I 1956 kom det derfor en ny lov om arbeidervern som inneholdt en rekke nye bestemmelser om blant annet organisert vernearbeid, mødrevern, hvilepauser og adgang til å kreve undersøkelser av stoffer og materialer.¹⁷ I 1977 kom Lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.¹⁸ Denne loven var et resultat av en omfattende revisjon av arbeidervernlovgivningen, og skulle som hovedregel omfatte alle arbeidstakere. Loven innførte prinsippet om ”fullt forsvarlig arbeidsmiljø”, og omfattet også arbeidsorganisatoriske forhold. I tillegg var

¹⁷ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 10-11 og NOU 2004:5, s. 39.

¹⁸ Opphevet ved lov av 17. juni 2005 nr. 62.

loven et resultat av økende kunnskap om arbeidsmiljøets belastende effekter på menneskers helse. I løpet av 1977-lovens levetid kom en rekke endringer i lovgivningen som gikk i retning av enda høyere beskyttelsesnivå og styrkede arbeidstakerrettigheter. Mange av endringene var en følge av EØS-samarbeidet.¹⁹

Den 1. juni 2006 trådte dagens arbeidsmiljølov i kraft. Loven bygger i stor grad på den tidligere arbeidsmiljøloven fra 1977. Årsaken til ønsket om å revidere 1977-loven var for det første behovet for bedre struktur i lovgivningen, herunder en bedre samling av beslektede områder enn hva tilfellet var i 1977-loven. For det andre ønsket Lovutvalget mer klarhet og bedre tilgjengelighet for arbeidstakere og arbeidsgivere.²⁰ For det tredje tilsa endringer i samfunnet behov for en lovrevisjon. Viktige samfunnsendringer er endringer i virksomhetenes situasjon og endringer i arbeidsmarkedets sammensetning som følge av blant annet globalisering, ny teknologi, endrede konkurranseforhold, samt en stadig økende andel kvinner og innvandrere i arbeidslivet. Sysselsettingen innen tjenesteytende næringer har økt, samtidig som utdanningsnivået i befolkningen er blitt stadig høyere. Forholdet til kunder, brukere og klienter har blitt viktigere. Psykiske, organisatoriske og sosiale faktorer på arbeidsplassen har dermed fått større betydning. Disse samfunnsendringene har derfor medført forandringer i synet på trivsel, arbeidsmiljø og helse.²¹

Arbeidervernlovgivningens historie viser at de rettigheter arbeidstakere har i dag ikke alltid har vært en selvfølge, men at utviklingen har gått gradvis mot et stadig bedre vern. For noen yrkesgrupper er vernet tilsynelatende kommet lenger enn for andre yrkesgrupper. Kravene til HMS-arbeid er for eksempel bedre tilpasset og har kommet lenger i teknisk sektor og enn innen pleie- og omsorgssektoren.²²

¹⁹ NOU 2004:5, s. 39-40.

²⁰ Ibid. s. 19-20.

²¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 61.

²² NOU 1999:13, punkt 12.6.6 s. 255.

5 Kvinne- og kjønnsperspektiv

5.1 Innledning

Med kvinneperspektiv menes at man tar utgangspunkt i persongruppen kvinner og beskriver og vurderer retten ut fra kvinners ståsted.²³ I hjemmetjenesten er et kjønnsperspektiv nyttig for å synliggjøre uønsket ulikhet mellom kvinner og menn.²⁴ De fleste arbeidstakere i hjemmetjenesten er kvinner, samtidig som det er flest kvinnelige tjenestemottakere. Det er derfor flest kvinner som vil bli rammet av eventuelle arbeidsmiljøproblemer.

5.2 Kjønnsperspektiv på arbeidstakerne

I følge Statistisk sentralbyrås undersøkelse i 1995 er ca 85 % av sykepleiere og andre pleiere kvinner. De ansatte i hjemmetjenesten er intet unntak. Statistisk sentralbyrås sammenligning av utvalgte yrkesgrupper fra 1986 til 2006 viser at det fremdeles er klare kjønnsforskjeller. Kvinner velger gjerne tradisjonelle omsorgsykker, mens menn velger mer tradisjonelle mannsyrker som for eksempel ingeniør, bygg- og anleggsarbeid. Videre viser tall fra Statistisk sentralbyrå at langt flere kvinner enn menn jobber deltid. Kvinners beslutninger om arbeidstid er et resultat av en sammensatt prosess hvor både institusjonelle, strukturelle og kulturelle trekk ved samfunn og arbeidsliv er sentrale faktorer.²⁵ Innen pleie og omsorgssektorene er andelen deltidsstillinger særlig høy. I den grad deltidsarbeidende har dårligere arbeidsvilkår vil det også ramme flest kvinner.

²³ Dahl (1985) s. 29.

²⁴ St.meld. nr. 25 (2005-2006) s. 46 kapittel 6.4.

²⁵ Abrahamsen (2002) s. 9.

I Rapport 2002:6 fra Institutt for samfunnsforskning var hovedinntrykket at deltidsarbeidende kvinner hadde noe dårligere arbeidsvilkår enn heltidsansatte. Dette gjaldt blant annet helsemessige belastninger og tidsfleksibilitet. Arbeidsvilkårene for sykepleiere og ufaglærte i helsesektoren ble også påvirket av kvinnes deltidsarbeid. Dette var et overraskende funn fordi man forventet at kvinnearbeidsplasser hvor deltid var særlig utbredt, hadde få eller ingen forskjell mellom heltids- og deltidsansatte sykepleiere. Når undersøkelsen viser at arbeidstiden også har betydning for arbeidssituasjonen til sykepleiere og ufaglærte i helsesektoren, er det en indikasjon på at selv i yrker hvor det er tilrettelagt for deltidsarbeid, kan de deltidsarbeidene ha dårligere arbeidsvilkår enn heltidsarbeidene.²⁶

5.3 Strukturell diskriminering av kvinnearbeidsplasser

Hjemmetjenesten er en typisk kvinnearbeidsplass. Et interessant spørsmål er om kvinner blir strukturelt diskriminert i arbeidslivet fordi de jobber på en kvinnearbeidsplass, for eksempel ved at de nyter dårligere vern i arbeidsmiljøspørsmål.

Strukturell diskriminering innebærer at systemer eller samfunnet er utformet på en slik måte at det kan oppstå diskriminerende effekter som følge av måten systemet eller samfunnsstrukturen er bygget opp. Fordi diskrimineringen er innebygget i systemet, har grupper av mennesker i enkelte situasjoner ikke de samme rettigheter og muligheter som andre. Problemet er at diskriminering heller ikke nødvendigvis viser seg som konkrete utslag i form av diskriminerende vedtak eller handlinger. Personer som tilhører slike grupper vil derfor ofte ikke sette frem krav eller sette seg selv i en posisjon hvor det kan bli aktuelt å fatte et konkret vedtak eller foreta seg en konkret handling. Den strukturelle diskrimineringen er imidlertid til stede og har betydning for den aktuelle gruppens posisjon og muligheter i samfunnet.²⁷

²⁶ Ibid. s. 59-64.

²⁷ NOU 2002:12, punkt 3.6.

Samtidig som utdanningsnivået i befolkningen har økt, har det vært et økende fokus på tilrettelegging og krav til arbeidsmiljøet de siste årene. Det kan ha bidratt til en økende bevisstgjøring når det gjelder arbeidsmiljøspørsmål også for arbeidstakere innen pleie og omsorgstjenester. Videre har endringene i arbeidslivet medført at de tradisjonelle industriarbeidsplassene blir færre og at det i stedet skjer en økende fremvekst av arbeidsplasser innen tjenestesektoren. Dette har medført at myndighetene og de store arbeidstakerorganisasjonene i større grad også fokuserer på nye grupper av arbeidstakere. Allikevel er det fortsatt klare forskjeller mellom typiske manns- og kvinnearbeidsplasser.

At kvinnearbeidsplasser innen omsorgsykker i praksis kan ha et dårligere arbeidsmiljøvern, kan blant annet avhenge av at det tradisjonelt har vært en manglende bevissthet innen typiske omsorgsykker i forhold til hvilke rettigheter man faktisk har. En mulig årsak til dette er myndighetenes og de store arbeidstakerorganisasjonenes tradisjonelle fokus på mannsdominerte arbeidsplasser, som tungindustrien. I evalueringen av Arbeidstilsynets kampanje ”Rett hjem” ble det avdekket manglende kultur for arbeidsmiljødiskusjoner.²⁸

En annen faktor som kan bidra til at kvinnearbeidsplasser innen omsorgsykker i praksis nyter et dårligere arbeidsmiljøvern, er fokuset på tjenestemottakers rettigheter. Det er interessant å merke seg at det selv hos sentrale offentlige organ synes å herske manglende kunnskap om rettighetene til ansatte i hjemmetjenesten nettopp fordi de jobber i private hjem. Et eksempel på dette er Helsetilsynets brev datert 8.11.2004 til Frogn kommune, hvor det heter at:

”Ansatte i hjemmesykepleien har frivillig valgt en jobb hvor de må reise hjem til pasientene. Hvilke forhold som råder i hjemmet til pasienten kan være så ulike. Røykfylte, skitne, nedslitte hjem er påregnelige forhold for hjemmesykepleiere og er en del av hverdagen deres. Det er også regulert i arbeidsavtalen at de ansatte skal pleie og behandle

²⁸ Trygstad (2003) s. 41.

pasientene i hjemmene sine under de forhold som råder der. Det kan ikke stilles like strenge krav til et rent arbeidsmiljø for helsepersonell som jobber i private hjem som for helsepersonell på sykehus...En helsehjelp som stiller inngripende vilkår i pasientens rettigheter i eget hjem uten strengt å være nødvendig vil vanskelig kunne anses for å være omsorgsfull.”²⁹

I hjemmetjenesten kan arbeidets art skape problemer for mange ansatte. Arbeidstakere i hjemmetjenesten oppdager ofte behov hos tjenestemottakere som ikke er dekket av kommunens vedtak. Arbeidets art kan imidlertid gjøre det vanskelig å nekte å yte ekstra hjelp utover vedtaket. Arbeidstaker arbeider med syke mennesker og arbeidsoppgavene kan derfor ikke i samme grad forutberegnes slik som i en ordinær produksjonsbedrift. Et eksempel på dette er situasjonen hvor arbeidstaker er hos en tjenestemottaker for å varme og servere middag, og det viser seg at pasienten har behov for bleieskift. Arbeidstaker vil i en slik situasjon ut fra rene menneskelige hensyn ønske å hjelpe tjenestemottaker med å foreta det nødvendige bleieskift. Uskrevne normer tilsier at tjenestemottaker skal slippe å sitte med skitten bleie mens han eller hun spiser. De ansatte strekker seg derfor ofte langt for å prøve å dekke tjenestemottakers behov, og ender ofte opp med å komme i tidsnød til neste besøk. I valget mellom dårlig samvittighet overfor pasienten fordi man ikke har tid til å gi den hjelp man opplever som nødvendig der og da, eller å være ”flink pike” og hjelpe pasienten til tross for at dette går utover den innvilgte hjelpen i vedtaket, velger de fleste arbeidstakere å hjelpe pasienten i tråd med sin egen samvittighet. Resultatet blir tidspress og liten eller ingen tid til pause for arbeidstaker. Arbeidslisten er imidlertid like lang selv om man velger å gjøre litt ekstra. Når de ansatte i hjemmetjenesten yter ekstratjenester ut over det formelle vedtaket, gis det offentlige derfor stor uttelling for de ansattes prioriteringer.³⁰ Arbeidstakerne betaler personlig for tiden og kreftene dette tar. Når arbeidet er lagt opp til at de ansatte av samvittighetsgrunner må sette seg utover den innvilgende hjelpen, er det noe som tyder på at vedtakene og bemanningssituasjonen er feil.

²⁹ <http://www.fylkesmannen.no/fagom.aspx?m=4869&amid=1111968>.

³⁰ Monstad (2007).

FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner av 18. desember 1979 (kvinnekonvensjonen)³¹ gir konvensjonspartene en plikt til å arbeide aktivt for å forebygge diskriminering og fremme faktisk likestilling. I kvinnekonvensjonens artikkel 5a pålegges blant annet konvensjonspartene å ”treffe alle tiltak som er nødvendige for å endre menns og kvinners sosiale, kulturelle atferdsmønstre, med sikte på å avskaffe fordommer og hevdvunnen og all annen praksis som bygger på stereotype manns- og kvinneroller, eller på forestillingen om at et av kjønnene er det andre underlegent eller overlegent”. Vern mot stereotypisering er derfor en del av Norges forpliktelser. Det foreligger således en forpliktelse til å forebygge individuell diskriminering gjennom tiltak som retter seg mot sosiale og kulturelle holdnings- og handlingsmønstre som for eksempel utspiller seg i arbeidslivet.³² Myndighetene er i henhold til kvinnekonvensjonens art 5a derfor forpliktet til å ta alle egnende virkemidler i bruk for å avskaffe strukturell diskriminering av kvinnearbeidsplasser.

Et tiltak kan for eksempel være romsligere tidsangivelser i vedtakene slik at det blir rom for en økt fleksibilitet. Det medfører imidlertid også et behov for økt bemanning, hvilket vil være kostnadskreven. Kommuneøkonomien er som kjent presset og jeg antar derfor at kommunen ikke frivillig vil øke bemanningen uten videre. Myndighetens forpliktelser til å avskaffe strukturell diskriminering kan derimot brukes som et argument for å pålegge kommunen å sørge for at slik diskriminering ikke skjer. Det innebærer i denne forbindelse å tilrettelegge for bedre arbeidsforhold til tross for de kostnader det vil medføre for kommunene.

³¹ Ratifisert av Norge i 21.mai 1981 og trådte i kraft 3. september. Inkorporert i likestillingsloven.

³² Hellum (2008) kapittel 14, ”Mot et strukturelt diskrimineringsvern; aktivitetsplikt og midlertidige særtiltak” skrevet av Anne Hellum. (Sidetall kan dessverre ikke oppgis da boken er under publisering).

6 Det juridiske rammeverk

6.1 Utgangspunkter

Arbeidstakers rettigheter utledes av en rekke rettslige grunnlag. Det sentrale rettsstiftende dokument i arbeidsforholdet er arbeidsavtalen, som sammen med stillingsinstruksen skal definere arbeidstakers oppgaver. Arbeidsavtalen må likevel alltid ses i sammenheng med lovgivningen, herunder arbeidsmiljøloven, som angir rammene for arbeidstakers rettigheter. Den nasjonale lovgivningen må i sin tur leses i lys av Norges internasjonale forpliktelser, som i betydelig grad danner grunnlaget for nyere nasjonal lovgivning.

Når det gjelder nasjonal lovgivning, vil blant annet arbeidsmiljøloven og bestemmelser angående arbeidsmiljøet i likestillingsloven, diskrimineringsloven og tobakkskadeloven være bestemmende for arbeidstakers rettigheter i private hjem. I den grad internasjonale bestemmelser er implementert i nasjonal lovgivning vil også praksis fra internasjonale organer, som for eksempel EF-domstolen, være viktig i fortolkningen av de enkelte bestemmelsene.

6.2 Arbeidsavtalen

Arbeidsavtalen er som sagt et rettsstiftende dokument for arbeidstakers rettigheter og plikter, og er et viktig utgangspunkt for forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsavtalen vil kunne variere ut fra arbeidets art og de ulike behov hos arbeidsgiver og arbeidstaker, men må alltid ligge innenfor arbeidsmiljølovens rammer, jfr. § 1-9.

Arbeidstaker har etter arbeidsmiljølovens § 14-5 krav på en skriftlig arbeidsavtale og i § 14-6 oppstilles visse lovbestemte minimumskrav til arbeidsavtalens innhold. Disse kravene er et resultat av EUs rådsdirektiv av 14.oktober 1991 (EØF 91/533) om arbeidsgivers plikt

til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet, som er implementert i norsk rett.

I praksis er det ikke alltid detaljregulert hva slags arbeid eller hvilke arbeidsoppgaver arbeidstaker faktisk skal utføre. Arbeidstakers rettigheter og plikter vil da måtte følge forutsetningsvis av stillingsbetegnelsen eller fremgå nærmere av stillingsinstruksen.³³ Aktuelt i så måte er derfor hva som ligger i den enkelte stillingsbetegnelse, men også hva som er vanlig for tilsvarende stillinger andre steder. Det vil også være av betydning hva som følger av stillingsinstruks og tariffavtale.

For ansatte i hjemmetjenesten er det relativt vanlig at det står lite om hvilke arbeidsoppgaver arbeidstaker skal ha både i stillingsannonse og stillingsinstruks. Arbeidsoppgavene følger derfor gjerne mer forutsetningsvis av stillingens tittel. Problemet er at yrker som sykepleier og andre omsorgsarbeidere ikke har et klart definert innhold. Hva som er naturlige arbeidsoppgaver vil kunne variere ut fra hvor man er ansatt, organisering og hvilken pasientgruppe man skal forholde seg til.

Når det gjelder brukerstyrt personlig assistent fremstår arbeidsavtalen som ekstra viktig nettopp fordi yrket er relativt nytt, og fordi brukerens behov vil kunne variere i stor grad. Tall fra Østlandsforskningen viser at 84 % av assistentene har skriftlig arbeidskontrakt med arbeidsgiver. Bare halvparten av assistentene har imidlertid stillingsbeskrivelse. Den andre halvparten har enten ikke slik beskrivelse (43 %) eller så vet de det ikke (7 %).³⁴ Da assistenter i enda større grad enn andre ansatte i hjemmetjenesten jobber alene og har enda tettere kontakt med tjenestemottaker, vil en stillingsbeskrivelse bidra til en tydeliggjøring av hva som ligger innenfor den enkelte assistents arbeidsoppgaver. En skjønnsmessig vurdering vil på den annen side sikre tjenestemottaker mer fleksibilitet og vil således være mer i tråd med hovedintensjonen med ordningen om at tjenestemottaker skal bestemme arbeidsoppgavene. Dette kan imidlertid komme i konflikt med arbeidstakers interesser og

³³ Jakhelln (2006) s. 262.

³⁴ Guldvik (2001) s. 35.

behov for tydelige avklarte arbeidsoppgaver og dermed mer forutsigbarhet. Assistentene føler seg utnyttet når de blir bedt om å utføre oppgaver som enten oppfattes som unødvendige, uetiske eller ligger utenfor arbeidsområdet.³⁵

På grunn av den store variasjonen i arbeidsavtalene vil jeg i denne oppgaven først og fremst konsentrere meg om de lovfestede rammene for arbeidstaker og arbeidsgiver.

6.3 Lovgivningen

Arbeidstakers preseptoriske rettigheter er hovedsakelig hjemlet i arbeidsmiljøloven. Hovedvekten i oppgaven vil derfor ta utgangspunkt i arbeidsmiljølovens bestemmelser. I arbeidsmiljølovens § 1-2 (1) står det at loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstakere, med mindre annet uttrykkelig er fastsatt.

Andre viktige rettigheter fremkommer imidlertid også av annen særlovgivning. Et eksempel er forbud mot diskriminering av arbeidstakere som hjemlet i ulike lover avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag som foreligger. De aktuelle lovene er lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. av 3. juni, nr 33, 2005 (diskrimineringsloven), lov om likestilling mellom kjønnene av 4.juni, nr 45, 1978 (likestillingsloven) og arbeidsmiljølovens kapittel 13.

6.4 Norges internasjonale forpliktelser og forholdet til nasjonal lovgivning

Folkerettslige regler som Norge er bundet av i form av traktater og konvensjoner, påvirker norsk lovgivning og praksis på de fleste områder, inkludert arbeidslivsområdet. Sentrale folkerettslige avtaler som gir føringer for de norske arbeidsrettsreglene er blant annet EØS-avtalen³⁶, FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

³⁵ Ibid. s. 47.

16. desember 1966(ØSK), en rekke konvensjoner vedtatt av Den internasjonale arbeidstakerorganisasjonen (ILO)³⁷, Den europeiske menneskerettskonvensjon fra 4.november 1950 (EMK), FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner av 18. desember 1979 (kvinnekonvensjonen) samt Den Europeiske sosialpakt.³⁸ Norge er folkerettslig forpliktet til å sikre at den nasjonale lovgivning er i samsvar med konvensjonene, og at retts- og forvaltningsavgjørelser ikke krenker konvensjonsbestemmelsene.³⁹

Rettsreglene som fremkommer av de internasjonale konvensjonene er i stor grad gjort til nasjonal lovgivning enten ved inkorporasjon eller transformasjon. Dette innebærer at nasjonal lovgivning må fortolkes i lys av de internasjonale avtalene og konvensjonene. Når det gjelder menneskerettigheter følger det av menneskerettsloven § 2 at enkelte menneskerettskonvensjoner, herunder EMK, SP og ØSK, skal gjelde som norsk lov. Disse menneskerettskonvensjonene som er nevnt i menneskerettslovens § 2 har desstuen forrang fremfor norsk lov, jfr menneskerettslovens § 3.

Arbeidsmiljøloven har, som en følge av den internasjonale utviklingen av menneskerettighetene og implementering av EU-direktiver, fått et stadig større antall nye lovbestemmelser. Internasjonal påvirkning har dessuten ført til endrete bestemmelser på områder som allerede var lovregulert. Diskrimineringsbestemmelsene er et eksempel i så måte.

Den internasjonale påvirkning og utviklingen av rettighetstankegangen har også ført til et større innslag av individuelle rettigheter for arbeidstakerne. Et annet eksempel er

³⁶ Jfr vedlegg til Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v av 27.november 1992, nr. 102 (EØS-loven).

³⁷ Et eksempel er ILO-konvensjon nr. 155/1981 Sikkerhet, helse og arbeidsmiljøet.

³⁸ NOU 2004:5, s. 41.

³⁹ Ibid.

arbeidsmiljølovens § 4-3(1) om retten til at arbeidet legges tilrette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas.

Ettersom en rekke norske lovregler er resultat av implementering av internasjonale konvensjoner, har også eventuell rettspraksis fra for eksempel EF-domstolen relevans for forståelsen av disse.⁴⁰

7 Oversikt over oppgavens videre fremstilling

Jeg vil i del II i oppgaven foreta en kort teoretisk gjennomgang av arbeidsmiljølovens formål og virkeområde (jfr. §§ 1-1 og 1-2), generelle krav til arbeidsmiljøet (jfr. § 4-1), krav til tilrettelegging, medvirkning og utvikling (jfr. § 4-2), krav til det psykososiale arbeidsmiljøet (jfr. § 4-3), krav til det fysiske arbeidsmiljøet (jfr. §§ 4-4 og 4-5) samt arbeidstakers rett til ikke å bli diskriminert. Gjennomgangen har imidlertid ikke til hensikt å være uttømmende. Bestemmelsene vil ikke bli behandlet fullt ut, men ut i fra hva jeg anser som relevant for oppgaven.

I del III vil jeg belyse noen utvalgte problemsituasjoner i private hjem. Disse problemsituasjonene antas å være særlig aktuelle for arbeidstakere i hjemmetjenesten. Selv om oppgavens tema først og fremst dreier seg om forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, vil noen av problemsituasjonene også omhandle den indirekte konflikten mellom arbeidstakers og tjenestemottaker.

⁴⁰ Se for eksempel C-450/93 (Kalanke-saken) og C-409/95 (Marshall-saken) når det gjelder fortolkningen av likebehandlingsdirektivet. Disse avgjørelsene ikke er direkte bindende for Norge, men EF-domstolens utgjør i praksis et sentralt tolkningsmoment til norsk likestillingslov på dette området, jfr Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 7.4.1.1.

I del IV gjennomgår jeg hvilke sanksjoner arbeidstaker selv kan benytte seg av ved brudd på kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø. I tillegg har jeg gitt en kort redegjørelse av hvilke tiltak samt hvordan håndhevingsapparatet skal bidra til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

I del V vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger.

DEL II

OVERSIKT OVER ARBEIDSTAKERS RETTIGHETER I PRIVATE HJEM

1 Arbeidsmiljølovens formål og virkeområde

Arbeidsmiljølovens formål er i henhold til § 1-1 bokstav a ”å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, og med en velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet.” Arbeidsmiljøloven skal derfor tolkes dynamisk. Lovens formål er videre i henhold til § 1-1 bokstav b ”å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet”.

Arbeidsmiljøloven gjelder i henhold til § 1-2 (1) ”for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven”. Siktemålet er at arbeidsmiljøloven skal omfatte alle arbeidstakere.⁴¹

Hjemmetjenesten er en virksomhet som sysselsetter mange arbeidstakere. Det eksisterer ingen unntaksbestemmelser eller særregler for hjemmetjenestens ansatte selv om de også

⁴¹ Innst. O. nr. 2 (1994-1995) punkt 5.

arbeider i private hjem.⁴² Det må derfor være klart at hjemmetjenesten omfattes av arbeidsmiljølovens bestemmelser.⁴³

2 Hovedreglen om fullt forsvarlig arbeidsmiljø

Når arbeidsmiljøloven oppstiller krav til arbeidsmiljøet, er dette fordi arbeidstaker, som den svake part i arbeidsforholdet, trenger beskyttelse mot urimelige arbeidsforhold. Og det er arbeidsgiver som først og fremst skal sørge for at kravene til arbeidsmiljøloven blir overholdt, jfr. arbeidsmiljølovens § 2-1.

Hovedregelen om arbeidstakers arbeidsmiljø fremgår av arbeidsmiljølovens § 4-1. Her heter det at:

”Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være **fullt forsvarlig**⁴⁴ ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakerens fysiske og psykiske helse og velferd. Standarden for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø skal til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet.”

Bestemmelsen bygger på en formodning om at mange ulike former for arbeid kan innebære en risiko for arbeidstakers helse og velferd, men at denne risikoen må aksepteres så lenge arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig. Lovens formål om full trygghet mot fysiske og psykiske

⁴² Sammenlign med aml § 1-5 som gir adgang til særregler i den grad arbeidstaker arbeider i *arbeidsgivers* hjem, jfr. FOR-2002-07-05-716.

⁴³ Jfr også uttalelser fra Direktoratet for Arbeidstilsynet i brev inntatt i vedlegg nr 7, s. 121 i Vesterager (20002).

⁴⁴ Min utheving.

skadevirkninger tilsier allikevel at det stilles høye krav til hva som regnes som ”fullt forsvarlig” arbeidsmiljø.⁴⁵

Uttrykket ”fullt forsvarlig” er en rettslig standard. I henhold til juridisk teori følger det at ”Standarden er retningsgivende for hva virksomhetene på generelt grunnlag skal oppnå når de arbeider med arbeidsmiljøet, og skal anvendes både som selvstendig materiell bestemmelse og som tolkningsfaktor når det oppstår tvil om rekkevidden av mer spesifikke arbeidsmiljøkrav.”⁴⁶

Standarden for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø skal til ”enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet”, jfr. arbeidsmiljølovens § 1-4. Det innebærer at arbeidsmiljøvurderinger vil kunne endre seg i takt med endrede samfunnssyn. Et eksempel på standardens utvikling er forholdet til røyking.⁴⁷ Tidligere var det tillatt og vanlig å røyke både på utesteder og arbeidsplasser. De senere årene har det derimot skjedd en stadig innsnevring i adgangen til å røyke på offentlig steder, hvilket har hatt betydning for standardens utvikling på dette området. I dag regnes det derfor ikke som fullt forsvarlig å måtte arbeide i arbeidslokaler hvor man utsettes for tobakksrøyk. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til under Del III, punkt 3.2.3 b.

Lovens krav om fullt forsvarlig arbeidsmiljø representerer en form for minstestandard. Hva som ligger i begrepet ”fullt forsvarlig” må allikevel avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering av den aktuelle virksomhetens særtrekk. Kravet om ”fullt forsvarlig” arbeidsmiljø signaliserer at vernekravene etter arbeidsmiljøloven er strenge. Kravet om fullt forsvarlig arbeidsmiljø gir allikevel liten veiledning om hvilke vernekrav arbeidstaker kan stille i konkrete situasjoner.⁴⁸ Jeg vil komme nærmere tilbake til dette når jeg tar for

⁴⁵ Jakhelln (2006) s. 620.

⁴⁶ Aune (2005) s. 126.

⁴⁷ Adgangen til å røyke er i dag også regulert i særlovgivning, jfr Lov om vern av tobakkskade av 9. mars 1973 nr. 14, § 6.

⁴⁸ Andreassen (1997) s. 21.

meg de konkrete krav til arbeidsmiljøet. En slik klargjøring er særlig viktig for arbeidstakere i hjemmetjenesten fordi de har en arbeidsplass som arbeidsgiver ikke har full kontroll over.

Minstestandarden skal videre vurderes uavhengig av virksomhetens økonomi.⁴⁹ I Ot.prp nr. 3 (1975-76) s. 27-28 står det:

”[d]e økonomiske faktorer har hittil virket bremsende på mange virksomheters aktivitet på verne- og miljøsektoren. Den någjeldene arbeidervernlov tillater også i prinsippet at det skal kunne skje en avveining mellom hensynet til arbeidernes helse og virksomhetens økonomi. Etter arbeidsmiljøloven vil imidlertid kravet om et ”fullt forsvarlig” arbeidsmiljø være et minstekrav til alle virksomheter uten hensyn til den enkelte virksomhets økonomiske stilling. Den økonomiske faktor vil derfor i prinsippet bare få betydning når det er spørsmål om å gjennomføre tiltak som går utover de minstekrav som blir stilt i og i medhold av loven, eller når det gjelder rene velferdstiltak. Det kan imidlertid ikke utelukkes at økonomiske vurderinger vil kunne spille inn, dersom det f.eks. gjelder kostbare tiltak som bare vil gi ubetydelig sikkerhetsmessige forbedringer.”

Dette gjelder selvsagt også for arbeidsgivere i hjemmetjenesten. Selv om det er et uttalt mål å effektivisere offentlige tjenester, for eksempel gjennom konkurranseutsetting, må dette ikke gå utover kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø i arbeidsmiljølovens § 4-1.

Utrykket ”fullt forsvarlig” refererer seg videre til arbeidsmiljøfaktorer som kan ha betydning for arbeidstakernes fysiske og psykiske helse. Arbeidsmiljøfaktorer som kan ha betydning for arbeidstakere i private hjem kan grupperes i følgende grupper:

1. Fysiske forhold i hjemmet. For eksempel tunge møbler, løse tepper, trange rom, fare for forurensing, skitt og uhygieniske forhold.

⁴⁹ Aune (2005) s. 127.

2. Psykiske forhold. For eksempel risiko for uønsket, voldsom eller truende språkbruk og atferd.
3. Biologiske forhold som risiko for smitte av virus og bakterier osv.
4. Ergonomiske forhold som tilgang til hjelpemidler og forflytningsregimer.
5. Hvorvidt man arbeider alene eller sammen med en kollega.

I arbeidsmiljøloven er hensynet til arbeidstakers fysisk og psykisk helse likestilt. Faktorer som påvirker de ansattes velferd er også av betydning, jfr. tilføyelsen av velferdsbegrepet i arbeidsmiljølovens § 4-4 (1).

Standarden i arbeidsmiljølovens § 4-1 må også leses i lys av Norges internasjonale forpliktelser, herunder også EU-direktiv og ILO-konvensjoner. Etter ØSK artikkel 7 bokstav b har enhver rett til rettferdige og gode arbeidsvilkår som særlig sikrer trygge og sunne arbeidsforhold, jfr. uttrykket ”safe and healthy working conditions”. Artikkel 12 beskytter retten til helse. Her heter det at enhver har rett til høyest oppnåelig helsestandard både fysisk og psykisk. Dette taler for at retten til helse må anses for å være en grunnleggende rettighet.

De ulike arbeidsmiljøfaktorene i arbeidsmiljølovens § 4-1 skal være fullt forsvarlig både ut fra ”en enkeltvis og samlet vurdering”. Det innebærer at arbeidsforholdene i ett hjem ikke kan være uforsvarlig selv om forholdene i de øvrige hjemmene ligger langt over grensen for hva som anses for å være et uforsvarlig arbeidsmiljø, og slik at arbeidsmiljøet samlet sett fremstår som bra.⁵⁰ Hvis noe først er uforsvarlig må arbeidstaker som hovedregel være fritatt fra å utføre vedkommende arbeid. I Ot.prp nr 3 (1975-1976) står det på side 6 at ”[d]ersom det er umulig i praksis å bringe arbeidsmiljøet i samsvar med minstekravet, vil derfor vedkommende virksomhet, maskin e.l. måtte stanses”.

⁵⁰ Jakhelln (2006) s. 621.

Det er kommunen som arbeidsgiver som er ansvarlig for å tilrettelegge arbeidsmiljøet slik at det blir fullt forsvarlig. Denne tilretteleggingen må kommunen gjøre gjennom å gå inn i en dialog eller stille krav overfor tjenestemottaker. Tjenestemottaker har sine rettigheter overfor kommunen som tjenesteyter, som legger begrensninger i forhold til hvilke krav kommunen kan stille, herunder retten til selvbestemmelse og rett til privat liv. Den klare hovedregelen er at disse rettighetene, altså kommunens plikter overfor tjenestemottaker, ikke innskrenker arbeidstakers rettigheter. Arbeidstaker har derfor rett til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og det er kommunen som arbeidsgiver som må innrette tjenesteytingen slik at arbeidstakers rettigheter ivaretas.

Kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø gjelder også for de arbeidstakere som utfører arbeid i *arbeidsgivers* private hjem. I Forskrift om husarbeid, tilsyn og pleie i privat arbeidsgivers hjem eller hushold § 4 heter det blant annet at "[f]or å sikre at arbeidstakers sikkerhet, helse og velferd ivaretas skal arbeidsgiver sørge for at arbeidsforholdene er fullt forsvarlige".⁵¹ Kravet om fullt forsvarlig arbeidsmiljø er derfor det samme i forskriften som i arbeidsmiljøloven. Det taler for at tjenestemottaker bør godta kommunens krav om å tilrettelegge arbeidsmiljøet for sine ansatte. Tjenestemottaker vil selv være forpliktet til å oppfylle de samme kravene dersom arbeidstakeren var ansatt direkte av ham eller henne.

3 Krav til tilrettelegging, medvirkning og utvikling

Krav til tilrettelegging, medvirkning og utvikling er hjemlet i arbeidsmiljølovens § 4-2, og har til formål å bidra til en mer helhetlig lovregulering hva angår tilrettelegging og arbeidstaktermedvirkning, samt å skape et inkluderende arbeidsliv og hindre utstøting.⁵² Bestemmelsen er delvis ny, men kan også sies å være en videreføring og presisering av

⁵¹ FOR-2002-07-05-716.

⁵² Aune (2005) s. 139.

deler av § 12 i arbeidsmiljøloven fra 1977. Den er for øvrig bygget på en implementering av rammedirektiv 89/391 EØF som blant annet krever at arbeidstaker skal få kjennskap til enhver risiko for sikkerhet og helse, og gjennom balansert medbestemmelse få anledning til å medvirke til at nødvendige tiltak blir iverksatt.⁵³ Bestemmelsen må ses i sammenheng med andre tilretteleggingsplikter som er lovfestet i arbeidsmiljøloven herunder § 4-1 (2) til (4).

I denne oppgaven vil jeg ikke gå i detalj i arbeidsgivers tilleggsplikter. Der allikevel viktig å merke seg at tilrettelegging er av særlig stor betydning og utfordring for hjemmetjenesten hvor arbeidsplassen ikke er under arbeidsgivers kontroll. Et eksempel på tilrettelegging av betydning er § 4-2 (2) hvor det heter at "[i] utformingen av den enkeltes arbeidssituasjon skal... b) arbeidet organiseres og tilrettelegges under hensyn til den enkeltes arbeidstakers arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger".

Dette innebærer at også arbeidstakere i hjemmetjenesten har krav på individuell tilrettelegging av arbeidsoppgavene. En ung, uerfaren pleieassistent bør derfor ikke få ansvar for en krevende bruker som kan være ubehøvlet. Et annet eksempel på behov for individuell tilrettelegging er overfor gravide arbeidstakere. Arbeidsgiver må tilrettelegge slik at gravide arbeidstakere i hjemmetjenesten for eksempel slipper tunge løft og nattevakter sent i svangerskapet i den grad det representerer en helsefare for den ansatte.

Foruten å kunne stille krav til arbeidsgiver om tilrettelegging av arbeidsmiljøet er det også oppstilt en plikt for arbeidstaker til å medvirke til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jfr. arbeidsmiljølovens § 2-3. Arbeidstaker har i henhold til denne bestemmelsen for eksempel plikt til å bruke påbudt verneutstyr, plikt til å varsle om feil eller mangler, plikt til å avbryte farlig arbeid, plikt til å underrette verneombud eller arbeidsgiver dersom arbeidstaker blir kjent med at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen, plikt til å melde fra dersom vedkommende blir skadet eller pådrar seg

⁵³ Ibid. s. 139.

arbeidsrelatert sykdom. Arbeidstaker har også plikt til å rette seg etter påbud fra Arbeidstilsynet, jfr arbeidsmiljølovens § 2-3.

Arbeidstakers medvirkningsplikt er en viktig forutsetning for at arbeidsgiver kan oppfylle sin plikt til å sørge for arbeidsmiljølovens bestemmelser blir overholdt, jfr. arbeidsmiljølovens § 2-1.

4 Krav til det psykososiale arbeidsmiljø etter arbeidsmiljølovens § 4-3

4.1 Utgangspunkt

Arbeidsmiljølovens § 4-3 regulerer nærmere hvilke krav som kan stilles til det psykososiale arbeidsmiljøet. Bestemmelsen er en videreføring fra den gamle arbeidsmiljølovens § 12 nr.1 som nå er skilt ut i en egen bestemmelse. Tanken var at man ønsket å systematisere og løfte frem arbeidsmiljøkrav av sosial og psykososial art slik som trakassering, mobbing, sosial isolasjon, vold og trusler om vold mv.⁵⁴ I forarbeidene har departementet uttalt at det ikke vil være hensiktsmessig at lovbestemmelsen regner opp alle risikofaktorer som kan tenkes å ha relevans. Departementet mener derfor det ville være formålstjenelig at bestemmelsen peker på særlig fremtredende forhold når det gjelder retten til psykososialt arbeidsmiljø slik som vold, trusler og trakassering osv. Det er heller ikke slik å forstå at lovens oppregning nødvendigvis trenger å være viktigere enn andre arbeidsmiljøfaktorer som ikke nevnes i loven.⁵⁵

⁵⁴ Ibid. s.150.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 7.3.5 s. 101.

4.2 Arbeidstakers rett til verdighet og integritet

4.2.1 Innledning

I arbeidsmiljølovens § 4-3 (1) heter det at ”arbeidet skal legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas”. Etter sin ordlyd er bestemmelsen relativt vidtgående.

Bestemmelsen kom inn i arbeidsmiljøloven fra 1977 etter forslag fra Stortingets kommunalkomité i behandlingen av Ot. prp.nr. 50 (1993-94). Bestemmelsen er derfor en videreføring av § 12 nr. 2 (4) i arbeidsmiljøloven fra 1977. Begrepet ”integritet” ble imidlertid tilføyd først i 2006.

Arbeidsmiljølovens § 4-3 (1) har sin bakgrunn i sentrale menneskerettigheter og internasjonale rettskilder. EU-direktiv og internasjonale konvensjoner som for eksempel EMK, ØSK, og SP mfl. vil derfor være av betydning når det gjelder fortolkningen av bestemmelsen.⁵⁶

4.2.2 Innholdet i verdighets- og identitetskravet

Bakgrunn for arbeidsmiljølovens § 4-3(1) var myndighetenes ønske om å sette bom for toppløs servering. I Innst. O. nr. 2 (1994-94) s. 18 uttales det ”arbeidet må tilrettelegges på en slik måte at den ansattes verdighet ikke krenkes. Personale på serveringssted eller annen ervervsvirksomhet må ikke benytte påkledning som er kjønnsdiskriminerende, eller som gir inntrykk av en nedsettende eller krenkende holdning. Toppløs servering er et eksempel på dette.” Den historiske bakgrunnen medførte imidlertid at bestemmelsen fikk et snevrere anvendelsesområde enn opprinnelig tenkt, fordi kravet om rett til beskyttelse av verdighet nærmest kun ble assosiert med kjønnsdiskriminasjon.

Arbeidsmiljølovens § 4-3 (1) gjelder for alle former for krenkelse av den ansattes verdighet og integritet. Bestemmelsen berører derfor sentrale spørsmål knyttet til likebehandling når

⁵⁶ Aune (2005) Kapittel 4, s. 151 skrevet av Harald Pedersen og Aili S. Vatvedt.

det gjelder forhold som rase, hudfarge, kjønn, seksuell legning, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom eller annen status.⁵⁷

Uttrykket ”integritet” er i forarbeidene ikke nærmere kommentert av lovutvalget.

Departementet antar derfor at lovutvalget, ved å tilføye begrepet integritet, har ment å synliggjøre et generelt krav om respekt for den ansattes egenverd. Hensikten var imidlertid også å gi bestemmelsen et vesentlig videre nedslagsfelt enn bestemmelses forhistorie kan gi inntrykk av.⁵⁸

I hjemmetjenesten er arbeidstakers rett til verdighet og integritet særlig aktuelt fordi mye av arbeidet foregår innenfor tjenestemottakers private sfære. Det kan for eksempel reises spørsmål om eksponering for pornografi og tilrettelegging av seksuelle behov kan tilsi brudd på denne rettigheten. Dette vil bli nærmere behandlet i del III, punkt og 2.3.

Det vil også kunne være en flytende overgang mot trakassering og diskriminering, som også er forhold som kan tilsi brudd på arbeidstakers verdighet og integritet.

4.3 Arbeidstakers rett til vern mot vold og trusler

4.3.1 Innledning

I henhold til arbeidsmiljølovens § 4-3 (4) har arbeidstaker, så langt det er mulig, krav på beskyttelse mot vold, trusler og uheldige belastninger som følge av kontakt med andre. Arbeidstakere i hjemmetjenesten arbeider som kjent ofte mye alene. Hjemmetjenestens ansatte er derfor ekstra utsatt for blant annet vold og trusler.

⁵⁷ Ibid. Kapittel 4, s. 150 skrevet av Harald Pedersen og Aili S. Vatvedt.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 7.3.5 s. 100.

I Arbeidstilsynets kampanje "Rett hjem" fra 2007 ble det avdekket at de ansatte i hjemmetjenesten opplever vold og trusler, og at problemet har vært økende sammenlignet med tall fra forrige tilsynsrunde i 2004. I Alna bydel har ansatte i hjemmetjenesten både opplevd dødstrusler og de er blitt slått på jobben. I følge bydelen var trusler et normalt problem.⁵⁹

4.3.2 Voldsbegrepet i arbeidsmiljøloven

I arbeidsmiljøloven og dens forarbeider er voldsbegrepet ikke nærmere definert. Uttrykket er i enkelte sammenhenger selvforklarende, men kan også være vanskelig å avgrense. Et naturlig utgangspunkt er å se hen til voldsbegrepet i Alminnelig borgerlig straffelov fra 29. mai, 1902 nr. 6 (straffeloven, forkortet til strl).

Etter straffelovens § 228 (1) er vold en legemskrenkelse. Hva som er en legemskrenkelse i henhold til straffeloven avgjøres skjønnsmessig. I henhold til Andenæs er det typiske tilfelle av vold slag eller spark, men også annen type atferd kan omfattes slik som for eksempel lugging og biting. For å trekke den nedre grensen er aktuelle vurderingsmomenter grad av voldsomhet, handlingens krenkende karakter osv.⁶⁰ For å definere noe som vold kreves imidlertid vanligvis skade eller ubehag av et visst omfang.

Det må imidlertid være klart at voldsbegrepet i arbeidsmiljølovens § 4-3 (4) strekker seg lenger enn straffelovens voldsbegrep. Det er for eksempel ikke bare konkrete voldsepisoder som utgjør en trussel for helsen, men også selve frykten for å bli utsatt for vold.⁶¹ Å stadig være redd for å bli utsatt for vold kan gi seg utslag i psykiske belastninger, og over tid medføre helsemessige problemer som angst og utrygghet som igjen kan sette seg i kroppen i form av fysiske plager.

⁵⁹ Noer (2008).

⁶⁰ Andenæs (1996) s. 43.

⁶¹ Pedersen (2002) s. 152.

Arbeidsrettslig er det mer interessant hva som ligger innenfor det som man kan beskyttes mot og hva man må regne med i yrket. Det sentrale er at arbeidstaker har rett til beskyttelse så langt som mulig. Det må videre erkjennes at arbeidstakere i enkelte yrker er mer utsatt for vold enn andre. Årsak til voldsutøvelse i hjemmetjenesten kan for eksempel være medfødt eller ervervet skade eller sykdom hos tjenestemottaker. Smerter, tapsopplevelser, sorg og fortvilelse kan også gjøre at mennesker reagerer med aggressivitet. Dessuten er påvirkning av medisiner, alkohol eller andre rusmidler vanlige forklaringer når det gjelder voldelig atferd.⁶² I utgangspunktet er ikke skyld hos voldsutøveren relevant, det er ”vold” som sådan arbeidstaker skal beskyttes mot. Likevel må det gå en grense mot hendelige uhell. I arbeid med psykisk ustabile personer eller senil demente hender det kanskje at arbeidstaker blir dyttet eller klapset til uten at man nødvendigvis karakteriserer forholdet som voldsutøvelse.

I utgangspunktet vil et hvert arbeid kunne innebære en større eller mindre fare for liv og helse. Graden av risiko vil variere fra yrke til yrke, men verken arbeidsmiljøloven eller annen lovgivning setter forbud mot at arbeidstakere skal utføre risikofylte arbeidsoppgaver.⁶³ I følge Henning Jakhelln vil derimot risiko- og faregrad påvirke hvilke krav som stilles til sikring og forebyggende tiltak. Jo høyere risiko, jo mer omfattende tiltak for å beskytte arbeidstaker må iverksettes.⁶⁴

I hjemmetjenesten kan det være nødvendig å iverksette tiltak, for eksempel i form av flere ansatte hos samme bruker eller bruk av vektertjenester, for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø dersom tjenestemottaker er utagerende og voldelig. Dette ble også lagt til grunn i Direktoratet for arbeidstilsynet i klagesak 00/1742 444. Saken gjaldt de ansatte i hjemmesykepleien i Kvinnherrerad Kommune sitt behov for å være to på nattevakt. De ansatte rapporterte at de følte seg utrygge og mente de som alenearbeidene var ekstra utsatt

⁶² Aasen (1996) s. 19.

⁶³ Jakhelln (2003) s. 2-3.

⁶⁴ Ibid.

for vold og trusler fordi de måtte ferdes i et miljø preget av både vold og rusproblematikk. Direktoratet for arbeidstilsynet uttalte i den forbindelse at:

”Den konkrete risikoen for vald og truslar om vald som ligg føre i denne saka er ikkje noko som heimesjukepleiarane skal måtte rekne med i yrket sitt. Arbeidssituasjonen må reknast for å innebære ei uheldig psykisk belastning for arbeidstakarane.” Videre uttalte Direktoratet for arbeidstilsynet at ”[f]or å hindre psykiske belastningar i arbeidet er det eit naudsynt tiltak å auke bemanninga slik at det alltid er minst to arbeidstakarar på nattevakt.”⁶⁵

I den grad kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø kun kan sikres ved å være flere ansatte på vakt, vil dette være et nødvendig tiltak for å oppfylle arbeidsmiljølovens bestemmelser. Økonomiske hensyn vil derfor ikke være relevant å ta i betraktning, jfr Del II, punkt 2.

4.3.3 Trusselbegrepet i arbeidsmiljøloven

I likhet med voldsbegrepet er heller ikke trusselbegrepet definert i arbeidsmiljøloven eller i dens forarbeider. Det kan derfor være hensiktsmessig også her å ta utgangspunkt i straffelovens definisjon.

I henhold til straffelovens § 227 er en trussel å true med et straffbart foretagende i ord eller handling. Når det gjelder trussel om vold vil det således innebære at noen truer med å yte vold mot vedkommende eller noen andre som for eksempel står vedkommende nær. Det er klart at trussel om vold vil kunne være en belastning og er egnet til å skape utrygghet.⁶⁶ I forarbeidene står det imidlertid at henvisningen til trusler ikke bør begrenses til trusler om vold. Det er åpenbart at trusler generelt kan innebære en arbeidsmiljøbelastning. Det kan blant annet være snakk om økonomiske trusler eller trusler om å sverte arbeidstakerens

⁶⁵ Klageavgjørelse 00/1742444 (2000) fra Direktoratet for arbeidstilsynet (upublisert).

⁶⁶ Pedersen (2002) s. 152.

omdømme.⁶⁷ Det bør derfor legges et videre trusselbegrep til grunn etter arbeidsmiljøloven enn etter straffeloven. Det er for øvrig heller intet krav om trussel om straffbar handling. Selve opplevelsen av trusler må derfor også omfattes. Allikevel må det gå en grense for hvor mye arbeidstakers subjektive oppfatning skal vektlegges. Dersom arbeidstakers opplevelse er åpenbart ubegrunnet, kan ikke arbeidsgiver være forpliktet til å gjennomføre tiltak (jfr. reservasjonen som ligger i uttrykket ”så langt det er mulig”).

4.3.4 ”Uheldige belastninger”

I forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov er det ikke direkte nevnt hva som menes med ”andre uheldige belastninger”. Jeg antar derfor at uttrykket er ment som en samlebetegnelse for å dekke opp tilfeller som ikke faller inn under kategoriene vold og trusler.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven står det at § 4-3 (4) er en videreføring arbeidsmiljøloven fra 1977 § 12 nr. 1.⁶⁸ Uttrykket ”andre uheldige belastninger” må derfor referere seg til uttrykket ”uheldige fysiske eller psykiske belastninger” fra arbeidsmiljøloven fra 1977, § 12 nr. 1. Den nye lovens struktur tilsier derimot at § 4-3 (4) bare omhandler psykiske belastninger, jfr. bestemmelsens overskrift og fordi fysiske belastninger er regulert i arbeidsmiljølovens § 4-4 (2).

4.3.5 ”Så langt det er mulig”

I arbeidsmiljøloven § 4-3(4) ligger det en reservasjon i uttrykket ” så langt det er mulig.” Bakgrunnen er en erkjennelse av at alt arbeid ikke kan utføres risikofritt. Regelen angir derfor en sikkerhets- og trygghetsstandard. Uttrykket henviser til at det må gå en grense, hvilket må baseres på en proporsjonalitetsvurdering mellom hva det er mulig å beskytte seg mot og den risiko som arbeidstaker er utsatt for i arbeidet. Men i henhold til forarbeidene innebærer kravet om beskyttelse ”så langt det er mulig” ikke at arbeidsgiver har plikt til å

⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 7.3.5 side 100 og Fougner (2006) s. 223 note 7.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) lovkommentar til § 4-3, s. 307-308.

iverksette et høyere sikkerhetsnivå enn det som følger av en konkret risikovurdering.⁶⁹ I Ot.prp nr. 49 (2004-2005) kapittel 7.3.5 står det videre at ” [d]epartementet vil imidlertid bemerke at både det generelle kravet om fullt forsvarlig arbeidsmiljø og det særskilte kravet om at arbeidstakere skal beskyttes mot vold osv., i konkrete tilfeller vil kunne innebære at alenearbeid ikke vil være tillatt. Dette vil være tilfellet dersom arbeidsmiljøbelastningen er uakseptabel, og det ikke kan ”repareres” med andre tiltak enn bemanning.”

Det kan imidlertid ikke kreves at det leies inn vektere for å være tilstede under hjemmebesøk, hvis det etter risikovurdering må antas å være tilstrekkelig at det går to ansatte fra hjemmetjenesten isteden. Dette til tross for at arbeidstaker kanskje ville følt seg enda tryggere med en mannlig vokter contra en kvinnelig kollega.

4.3.6 Hvem er arbeidstaker beskyttet mot

Etter arbeidsmiljølovens § 4-3 (4) har arbeidstaker krav på beskyttelse mot vold, trusler og uheldige belastninger som følge av kontakt med *andre*.⁷⁰ I henhold til forarbeidene skal ”andre” forstås som alle som kan representere en risiko for arbeidstaker, og ikke bare internt i virksomheten. Beskyttelse mot kunder, pasienter og klienter omfattes derfor av kravet til et forsvarlig arbeidsmiljø.⁷¹ Det samme må gjelde både for pårørende og naboer til tjenestemottaker.

⁶⁹ NOU 2004:5, s. 541 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 7.3.5 s. 100.

⁷⁰ Min uthevning.

⁷¹ NOU 2004:5 kapittel 23.4 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.307-308.

4.4 Arbeidstakers rett til vern mot trakassering og annen utilbørlig opptreden

4.4.1 Innledning

Arbeidstaker har etter arbeidsmiljølovens § 4-3 (3) rett til ikke å bli utsatt for trakassering eller annen utilbørlig opptreden.⁷² I forarbeidene står det at bestemmelsen omfatter alle former for trakassering.⁷³ Seksuell trakassering er derfor også omfattet. Videre vil trakassering på ulike grunnlag som nevnt både i diskrimineringslovens § 4 og likestillingslovens § 8 a derfor også være omfattet av arbeidstakers vern mot trakassering.

Flere undersøkelser viser at sykepleiere og omsorgsarbeidere i helse og sosialtjenesten er ekstra utsatt for uønsket seksuell oppmerksomhet. En undersøkelse fra Københavns sykehjem fra 2008 viste blant annet at hver tredje medarbeider hadde opplevd seksuell sjikane som berøring av rumpe, lår og bryster eller i form av verbale krenkelser i forbindelse med intimstell.⁷⁴ Det er grunn til å tro at tallene er høye også i Norge. I høringsuttalelsene til Ot.prp nr. 49 (2004-2005) punkt 7.3.5 påpeker likestillingsombudet at ”problemstillingen om trakassering og vold som følge av kontakt med andre er særlig aktuell i en del kvinnedominerte bransjer, som helse, omsorg, undervisning og tjenesteyting. Levekårsundersøkelsen fra 2000 viser at spesielt mange unge kvinner er utsatt for uønsket seksuell oppmerksomhet på arbeidsplassen”.⁷⁵

4.4.2 Trakasseringsbegrepet

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen egen definisjon av hva som menes med trakassering, til tross for begrepet brukes gjentatte ganger i arbeidsmiljølovens ulike bestemmelser.⁷⁶

⁷² I Fougner (2006) kommentar til § 4-3 (3) fremgår det at bestemmelsen er en videreføring av den tidligere § 12 nr. 1 i arbeidsmiljøloven fra 1977, som ble endret ved endringslov av 6. januar 1995

⁷³ Innst. O. nr. 2 (1994-1995) s. 7 og s. 17-18.

⁷⁴ Se blant annet Weiss (2008).

⁷⁵ Ot.prp nr. 49 (2004-2005) punkt 7.3.5.

⁷⁶ Jfr. aml. § 2-3 (2) bokstav d, § 4-3 (3) og § 13-1 (2).

Arbeidslivslovutvalgets delinnstilling, NOU 2003:2 ”Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet ” definerte trakassering som ”uønsket atferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet”.⁷⁷ I henhold til Ot.prp. nr. 49(2004-2005) punkt 7.3.5 ble det imidlertid vurdert som lite hensiktsmessig å foreslå en legaldefinisjon. Begrunnelsen var at bestemmelsen også omfatter vern mot annen utilbørlig opptreden, slik at en avgrensning av selve trakasseringsbegrepet ville ha liten selvstendig betydning.

Trakassering på grunn av kjønn er legaldefinert i likestillingslovens § 8 a. Likestillingsloven gjelder som hovedregel på alle områder, jfr. likestillingslovens § 2 (1), og loven gjelder derfor også trakassering av arbeidstakere. Trakassering defineres i § 8 a som ”uønsket atferd som er knyttet opp til en persons kjønn og som virker eller har til formål å krenke en annens verdighet.”

Trakassering av arbeidstakere på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn rammes av diskrimineringslovens § 5. Diskrimineringsloven gjelder i utgangspunktet også på alle samfunnsområder, og trakassering av arbeidstakere er derfor omfattet så lenge trakasseringen skjer på de grunnlag loven omfatter. I diskrimineringslovens § 5 er trakassering definert som ”handlinger, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende.”

I rettspraksis er det lagt til grunn et vilkår om at trakasseringen må ha foregått flere ganger over tid.⁷⁸ Som oftest blir den som trakasseres utsatt for gjentatte trakasserende handlinger eller ytringer. Bakgrunnen for et vilkår om at trakasseringen må ha foregått flere ganger over tid, er at en uheldig slengbemerkning eller lignende ikke skal kunne regnes som trakassering i lovens forstand. Alle kan være uheldige og si sårende ting om andre. Loven

⁷⁷ NOU 2003:2 kapittel 14, s. 70.

⁷⁸ Rt. 1997 s. 786 (Falkendommen).

tar derimot sikte på å ramme de som blir utsatt for en mer systematisk trakasserende oppførsel over tid.

Kravet om at oppmerksomheten må være uønsket, kan gi inntrykk av at det er opp til hver enkelt arbeidstaker som utsettes for trakassering å selv avgjøre om man er utsatt for trakassering i lovens forstand. Forarbeidenes kriterier for hva som regnes som trakassering baserer seg på subjektive oppfatninger av hva den enkelte mener er plagende, sjikanerende eller uønsket oppførsel. Hvis man kun skal legge en subjektiv oppfatning til grunn vil loven bli svært vanskelig å praktisere. Både den som utsettes for trakassering og den som trakasserer vil være bedre tjent med en mer objektiv norm for når loven er overtrådt. Høyesterett har i Rt. 2004 s. 1844 påpekt at arbeidstakers særlige sårbarhet eller nærtagenhet alene ikke kan være avgjørende for hvor listen skal ligge når det gjelder hva som må anses for å være trakassering. Saken gjaldt spørsmål om erstatningsansvar for en arbeidsgiver for påstått trakassering av en arbeidstaker. Høyesterett uttalte i den forbindelse at "[d]et er ikke grunn til å tvile på at As egen opplevelse var at han ble dårlig behandlet. Men objektivt sett kan jeg ikke - når jeg foreløpig ser bort fra betydningen av As spesielle personlighetstrekk - se noe grunnlag for å oppfatte Bs generelle atferd som en trakassering av A..."⁷⁹

4.4.3 Annen utilbørlig opptreden

Når lovgiver i arbeidsmiljølovens § 4-3 (3) bruker begrepet "annen utilbørlig opptreden", må dette forstås som en sekkebetegnelse hvor hensikten er å fange opp tilfeller som ikke kan defineres som trakassering, men som allikevel er sterkt kritikkverdige og som arbeidstaker derfor bør beskyttes mot.

I henhold til Jussleksikon er utilbørlig en "rettslig standard som betegner at noe er moralsk sterkt kritikkverdig. I likhet med andre rettslige standarder kan begrepet forandre innhold

⁷⁹ Rt. 2004 s. 1844 , avsnitt 43-45.

over tid.”⁸⁰ Eksempler på annen utilbørlig atferd eller opptreden kan være mobbing eller sjikanering. Et annet eksempel på utilbørlig opptreden kan være ulovlig videoovervåkning.⁸¹ I Høyesteretts som inntatt i Rt. 1991 s. 616 var det spørsmål om adgang til å fremlegge videoopptak som bevis. Arbeidsgiver mistenkte en av de ansatte på et gatekjøkken for underslag og foretok i den forbindelse hemmelig videoovervåkning. Høyesterett uttalte at ”Å ha blitt utsatt for hemmelig video-overvåkning på arbeidsplassen må av en arbeidstaker oppleves som sterkt belastende”.⁸² Fremgangsmåten medførte et inngrep i den personlige integritet som ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet må anses som uakseptabel og som derfor vil måtte kunne falle inn under begrepet ”annen utilbørlig opptreden” i arbeidsmiljølovens § 4-3(3).

4.4.4 Særlig om seksuell trakassering

Seksuell trakassering er en spesiell for trakassering som har mange av de samme virkninger som alminnelig trakassering. I likestillingslovens § 8 a er seksuell trakassering definert som ”uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den det gjelder”. Departementet har tidligere uttalt at det dreier seg om ulike former for seksuelt betont plaging som arter seg ulikt og som kan ta mange former. Det karakteristiske er at oppmerksomheten er uønsket fra den plagedes side.⁸³ I hjemmetjenesten kan seksuell trakassering skje i form av alt fra uvelkomne kommentarer om kjønn og kropp, til forslag om seksuelle tjenester. Den seksuelle trakasseringen kan også være non-verbal, for eksempel ved visning av pornografiske bilder, plystring eller kroppsbevegelser med seksuelle undertoner.⁸⁴

⁸⁰ Gisle (2003) s. 315.

⁸¹ Fougner (2006) s. 222, note 5.

⁸² Rt. 1991 s. 616 (Ulovlig videoovervåkning) s. 623.

⁸³ Fougner (2006), kommentar til § 4-3 (3).

⁸⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 9.7.2 s. 72.

Hva som regnes som uønsket seksuell oppmerksomhet, vil i henhold til forarbeidene kunne være vanskelig å bedømme ut i fra objektive kriterier.⁸⁵ Oppmerksomhet som er velkommen hos en person, kan like gjerne være uvelkommen hos en annen. I

Europakommisjonens rekommandasjon om beskyttelse av kvinner og menns verdighet på arbeidsplassen fra 27. november 1991, vedlegg "A code of practice on measures to combat sexual harassment",⁸⁶ har man lagt vekt på de individuelle variasjoner, men at den som gir oppmerksomheten må bli gjort oppmerksom på at den eventuelt er uønsket. Seksuell oppmerksomhet vil således kunne gå over til å bli seksuell trakassering hvis den seksuelle oppmerksomheten fortsetter etter at det er gjort klart at oppmerksomheten ikke er ønsket.⁸⁷ I tilstrekkelig grove tilfeller vil det allikevel ikke kreves at handlingspersonen må bli gjort oppmerksom på at den seksuelle oppmerksomheten ikke er ønsket. I slike tilfeller kan man foreta en objektiv vurdering av hva handlingspersonen burde ha forstått var uønsket.

I likestillingslovens forarbeider uttales det at seksuell trakassering innebærer at handlingen må kunne karakteriseres som plagsom for den som rammes.⁸⁸ Hvorvidt handlingen er plagsom må bero på en helhetsvurdering. Et aktuelt moment i så måte er at den som den seksuelle oppmerksomheten er rettet mot, selv har opplevd oppmerksomheten som plagsom. Den trakassertes opplevelse bør veie tungt i en slik vurdering. Et annet moment er om den seksuelle oppmerksomheten har fått negative konsekvenser fysisk eller psykisk, eller har gått utover arbeidet på annen måte. Handlingens karakter vil også være et viktig moment. Jo grovere selve handlingen er, jo grovere vil den seksuelle oppmerksomheten anses for å være. Tid og sted kan dessuten også spille en viktig rolle. Seksuell oppmerksomhet vil lettere fremstå som plagsom hvis den fremsettes på steder hvor den trakasserte har mindre kontroll over situasjonen. I private hjem er man for eksempel ekstra utsatt, sammenlignet med et mer offentlig sted hvor det er flere andre til stede. Det er også

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Den inneholder konkrete retningslinjer for hvordan arbeidsgivere, arbeidslivets parter og arbeidstakere skal forhindre og arbeide mot seksuell trakassering på arbeidsplassen.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 9.7.2 s. 72-73.

⁸⁸ Ibid.

verdt å merke seg hvor lang tid den seksuelle oppmerksomheten har pågått, hvilket også kan være et moment i vurderingen av om oppmerksomheten må anses som trakasserende.⁸⁹

I boken ”Arbeidsmiljølovens vern mot uønsket seksuell oppmerksomhet” foreslås en type standard for å kunne vurdere om det foreligger seksuell trakassering.⁹⁰ Standarden tar utgangspunkt i en parallell til erstatningsrettens såkalte ”bonus pater familias” begrep. Dette er en standard som tar utgangspunkt i hva en alminnelig, fornuftig og samvittighetsfull person vil ha gjort i en tilsvarende situasjon. Anvendt på arbeidsrettens område vil derfor en slik standard ta utgangspunkt i hvordan en alminnelig arbeidstaker ville ha oppfattet situasjonen. Forfatteren Stine Andreassen argumenterer for at man ikke uten videre kan legge til grunn hvordan en alminnelig fornuftig person ville ha oppfattet situasjonen eller den seksuelle oppmerksomheten, blant annet fordi de fleste dommere, og dermed rettsanvendere på arbeidsrettens område, fremdeles er menn.⁹¹ Hva en alminnelig fornuftig person mener vil derfor oftest bli definert av menn. Imidlertid er de som utsettes for seksuell trakassering i stor grad kvinner, og det er derfor mer naturlig å ta utgangspunkt i hvordan en fornuftig kvinnelig arbeidstaker ville vurdere situasjonen. Menn og kvinner vurderer ikke nødvendigvis slike situasjoner likt.⁹² Hva som anses for å være seksuelt trakasserende i forhold til en kvinne, bør derfor avgjøres ut fra hva en alminnelig fornuftig kvinne ville reagere på.

4.4.5 Aktuelle tiltak mot seksuell trakassering i hjemmetjenesten

Arbeidstaker har rett til et forsvarlig arbeidsmiljø og det må derfor iverksettes tiltak hvis arbeidstaker gjentatte ganger opplever uønsket seksuell oppmerksomhet fra samme

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Andreassen (1997) s. 27.

⁹¹ De siste tallene fra Innstillingsrådet for dommere sin årsmelding 2007 viser at tilnærmet 50 % av alle nyansatte tingrettsdommere var kvinner. Til tross for dette er det fremdeles vesentlig flere mannlige dommere i domstolene generelt, men utviklingen går i riktig retning og gjenspeiler at det nå er over 50 % kvinner på jusstudiet.

⁹² Andreassen (1997) s. 27-30.

tjenestemottaker. Det er ikke all uønsket oppførsel som kan forklares eller unnskyldes på grunn av sykdom.

Et tiltak kan være at den som utsettes for uønsket seksuell oppmerksomhet slipper å gå til vedkommende bruker. Det kan for eksempel være hensiktsmessig å sende en mannlig ansatt hvis det er kvinner som blir seksuelt trakassert. En slik praksis lar seg imidlertid ikke alltid gjennomføre fordi det er så stor overvekt av kvinner i hjemmetjenesten.

I noen tilfeller kan seksuell trakassering avverges ved å sende to ansatte til den aktuelle tjenestemottakeren. Det er ofte enklere å sette grenser når man er to. Å være to oppleves tryggere fordi man har både fysisk og psykisk støtte. Når man ikke er alene i å tolke og vurdere situasjonen, er det mindre sjanse for å tro at det bare er en selv som opplever tjenestemottakers oppførsel som vanskelig eller at man selv er delvis skyld i en slik oppførsel fra brukerens side. Hvis trakasseringen allikevel ikke opphører, må eventuelt andre tiltak settes i verk.

5 Krav til det fysiske arbeidsmiljøet etter arbeidsmiljølovens § 4-4

5.1 Utgangspunkt

Arbeid i hjemmetjenesten kan være fysisk krevende. Fysiske belastninger kan oppstå i forbindelse med stell og pleie, ved løft og forflytninger, i forbindelse med rengjøring og transport av hjelpemidler osv. God tilrettelegging av arbeidsplassen vil imidlertid kunne redusere uheldige belastninger på muskler og skjelett, og dermed bidra til å skape en trygg og god arbeidsplass som ikke påfører arbeidstakerne unødvendige belastninger.⁹³

⁹³ Kjølmoen (2006) s. 27.

I NOU 1999:13 står det at: ”Hjelpepleiere løper 2.5 ganger så høy risiko for å få muskelstrekk i ryggen sammenlignet med ansatte i de fleste andre yrker. Å løfte et menneske innebærer en større anstrengelse enn å løfte en pakke, selv om vekten er den samme. Det er vanskeligere å løfte et menneske på en ergonomisk riktig måte. I yrker hvor kvinner løfter mennesker kreves det dessuten at det tas spesielle hensyn og at det vises omsorg”.⁹⁴

Problem knyttet til det fysiske arbeidsmiljøet kan langt på vei avhjelpes så lenge tjenestemottaker samtykker til installering av nødvendige hjelpemidler eller til andre tilpasninger i hjemmet. Problemer oppstår når pasient eller bruker ikke er enig i behovet for tilrettelegginger. Et privat hjem er annerledes enn en ordinær arbeidsplass. Det må tas særlig hensyn til de som bor i hjemmet, og arbeidsmiljølovens bestemmelser er derfor ikke alltid like enkle å praktisere. Det er imidlertid arbeidsgivers ansvar å sikre at arbeidsmiljølovens vernebestemmelser er oppfylt for arbeidstakere i hjemmetjenesten, jfr. arbeidsmiljølovens § 2-1.

I Arbeidsmiljøloven er det oppstilt krav til det fysiske arbeidsmiljøet. Disse kravene er stort sett en videreføring av §§ 8, 9 og 11 i den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977. I utgangspunktet ønsket lovutvalget å slå sammen reglene i til én bestemmelse for å få balanse mellom lovens regulering av det fysiske og psykiske arbeidsmiljø. Reglene om det fysiske arbeidsmiljø ble allikevel regulert i to ulike paragrafer fordi lovutvalget kom fram til at det var mest hensiktsmessig. Tanken var å unngå for mye tekst i en bestemmelse, samtidig som utvalget ønsket å understreke det stadig sterkere fokus og den høye prioritet biologisk og kjemisk helsefare har.⁹⁵

⁹⁴ NOU 1999:13, punkt 5.3.3.

⁹⁵ NOU 2004:5, s. 183.

5.2 Arbeidstakers rett til vern etter arbeidsmiljølovens § 4-4 (1) og (2)

5.2.1 Innledning

Arbeidsmiljølovens § 4-4 er en presisering av kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter § 4-1 (1). I § 4-4 (1) står det at "[f]ysiske arbeidsmiljøfaktorer som bygnings- og utstyrmessige forhold, inneklima, lysforhold, støy, ståling ol. skal være fullt forsvarlig ut fra hensynet til arbeidstakernes helse, miljø, sikkerhet og velferd." Videre heter det i § 4-4 (2) at "[a]rbeidsplassen skal innredes og utformes slik at arbeidstaker unngår uheldige fysiske belastninger. Nødvendige hjelpemidler skal stilles til arbeidstakers disposisjon."

Arbeidsmiljølovens utgangspunkt er derfor at arbeidstaker over tid skal kunne tåle å utføre den samme arbeidsoppgaven uten å bli påført belastningskader.⁹⁶ På ulike felt i arbeidslivet er det derfor gitt utfyllende forskrifter om utforming og innretning av arbeidsplassen hvor det stilles særlige krav. I Forskrift om arbeidsplasser og arbeidslokaler fra 16. februar 1995, nr 170 (arbeidsplassforskriften)⁹⁷ er det gitt utfyllende bestemmelser om krav til utforming og innretning, jfr. forskriftens § 7. Forskriften er generell og gjelder for alle typer arbeidsplasser.⁹⁸ Imidlertid kan det reises spørsmål om arbeid i private hjem er ment å reguleres av forskriften. I private hjem vil det ikke være samme mulighet for arbeidsmiljøtilpasninger som for eksempel på en institusjon eller andre lokaler som disponeres av arbeidsgiver. Forskriftens virkeområde, jfr. § 1, gjelder både for faste og midlertidige arbeidsplasser og for nye og eksisterende arbeidslokaler. Videre er arbeidslokaler i § 2 definert som de rom som virksomheten bruker i forbindelse med arbeid, mens arbeidsrom er definert som rom der arbeidstakere skal oppholde seg for å utføre arbeid som inngår i virksomhetens faste program. Jeg mener at det må kunne legges til grunn at arbeid i private hjem inngår i virksomhetens faste program og således omfattes av forskriftens definisjon.

⁹⁶ Pettersen (2007) s. 73.

⁹⁷ FOR-1995-02-16 nr 170.

⁹⁸ Aune (2005) s. 170.

5.2.2 Bygningmessige forhold

Fordi arbeidsmiljølovens § 4-4 er en videreføring av bestemmelsene i den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977, vil også forarbeidene til denne være relevante for tolkningen av dagens bestemmelse. I disse står det at ”de bygningmessige krav [som] må stå i forhold til antall arbeidstakere, hva slags maskinelt utstyr som skal benyttes, om arbeidsprosessen medfører støy, forurensinger m.v, og andre forhold som er naturlig å ta i betraktning”.⁹⁹

Arbeidsmiljølovens § 4-4 (1) må derfor tolkes dit hen at det stilles krav om at arbeidsplassen er dimensjonert og innredet ut fra den virksomhet som skal drives. Et privat hjem er imidlertid ikke alltid dimensjonert og innredet for at det skal utføres pleie og omsorgsoppgaver.

Hjemmet eller boligen er som oftest en privat eiendom, og det karakteristiske er at eieren har full råderett. De bygningmessige forhold vil derfor kunne variere mye fra tjenestemottaker til tjenestemottaker. Standard og størrelse avhenger for eksempel ofte av den enkeltes (eller familiens) økonomi. Hvorvidt vedkommende eier eller leier bolig kan også være av stor betydning. De færreste er interesserte i å legge ned store summer i en bolig de kun leier.

Små og trange rom, og spesielt trange bad, kan gjøre det vanskelig å utføre pleie og rengjøring. Liten plass kan bety reduserte muligheter for å jobbe i gunstige arbeidsstillinger og kan innebære at det ikke er anledning til å bruke nødvendige hjelpemidler.¹⁰⁰

Ideelt sett bør disse utfordringene forsøkes løst gjennom en dialog med pasienten, men når det gjelder bygningmessige forhold er det ikke så mye arbeidsgiver får gjort for å tilrettelegge hvis tjenestemottaker eller huseier nekter. Arbeidsgiver har i utgangspunktet

⁹⁹ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976), merknadene til § 8.

¹⁰⁰ Kjølmoen (2006) s. 27.

ingen rett til å endre byggt tekniske forhold. Hvis det derimot er uforsvarlig å arbeide i et slik hjem, må konsekvensen være at arbeidstaker kan nekte å utføre arbeid der, jfr del IV, punkt 2. Tjenestemottaker må i så fall tilbys hjelp på annen måte, for eksempel i institusjon eller i omsorgsbolig (eldrebolig).

5.2.3 Utstyrsmessige forhold

Utstyrsmessige forhold referer seg blant annet til ergonomiske forhold på arbeidsplassen. Ergonomi handler om tilpasning mellom arbeidsmiljø og mennesket. Dårlige utstyrsmessige forhold representerer en stor risiko for alvorlige skjelett- og muskellidelser.¹⁰¹

I arbeidsmiljølovens § 4-4 (2) er kravet til utstyrsmessige forhold presisert. I loven står det helt klart at ”nødvendige hjelpemidler skal stilles til arbeidstakers disposisjon.” I hjemmetjenesten er nødvendige hjelpemidler for å unngå tunge løfte for eksempel en elektrisk seng som kan heves og senkes, eller en personløfter (heis).

Det er antagelig svært sjelden at arbeidsgiver vegrer seg for å stille nødvendig utstyr til arbeidstakers disposisjon. Jeg har kun opplevd dette en gang mot slutten av året, hvor utstyrbudsjettet allerede var brukt opp og arbeidsgiver mente at man fikk klare seg uten gummihansker. Dette er neppe holdbart arbeidsrettslig sett. I Ot.prp nr. 3 (1975-76) s. 27-28 står det, som nevnt i punkt 2.1.2, at kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø er et minstekrav og at økonomiske hensyn er uten betydning hvis det må anses som uforsvarlig å ikke bruke hansker.

I hjemmetjenesten er det også vanlig at det er tjenestemottaker som skal holde vaskeutstyr, rengjøringsmidler, støvsuger osv. For arbeidstaker vil det være vanskelig å gjøre en god jobb hvis tjenestemottaker ikke har skikkelig utstyr. Hvorvidt arbeidstaker kan nekte å utføre jobben hvis det ikke er skikkelig utstyr på plass, må bero på en helhetsvurdering av

¹⁰¹ Aune (2005) kapittel 4, s. 176 skrevet av Harald Pedersen og Aili S. Vatvedt.

hva som er praktisk mulig og hva som eventuelt vil måtte regnes som forsvarlig. Det vil for eksempel være umulig å støvsuge hvis støvsugeren ikke fungerer. På den annen side vil det kanskje være mulig å feie gulvet så lenge det ikke er vegg til vegg teppe. Tjenestemottaker kan derimot ikke forlange at arbeidstaker skal måtte riste store og tunge tepper fordi vedkommende ikke stiller støvsuger til disposisjon. Dette vil også fort kunne anses for å være så vidt fysisk tungt at det vil være i strid med kravene etter Forskrift om tungt og ensformig arbeid av 20. januar 1995.¹⁰²

5.2.4 Arbeidstakers rett til et forsvarlig inneklima/vern mot forurensing

5.2.4.1 Forsvarlig inneklima

Uttrykket ”inneklimate” er heller ikke nærmere definert i arbeidsmiljøloven. Men i henhold til forarbeidene innholder arbeidsmiljølovens § 4-4 (1) en forkortet beskrivelse av oppregningen i den tidligere § 8 i loven fra 1977.¹⁰³ Her stod det at klimaet skal være fullt forsvarlig med hensyn til luftvolum, ventilasjon, fuktighet, trekk, temperatur og lignende. Endringen skyldes lovtekniske hensyn og har ikke hatt til hensikt å svekke av kravene til det fysiske arbeidsmiljø.¹⁰⁴

Arbeidstilsynet har fastlagt normverdier i sin veiledning for hva som er akseptabelt inneklima på arbeidsplasser. De ulike faktorene som vurderes er blant annet luftkvalitet, byggematerialer, ventilasjon, enøk og temperatur. Inneklimaet anses ikke for å være fullt forsvarlig dersom normverdiene ikke følger arbeidstilsynets veiledning, unntatt i de tilfeller hvor et slikt avvik ikke får innvirkning på arbeidstakerne.¹⁰⁵

¹⁰² FOR 1995-01-20 nr 156.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 102.

¹⁰⁴ NOU 2004:5, merknadene til lovens § 4-4, s. 541.

¹⁰⁵ Aune (2005) s.171.

5.2.4.2 Inneklimaet i private hjem

Når det gjelder inneklima, vil det kunne være store variasjoner mellom det enkelte brukerhjem. Noen brukere liker det lyst og luftig, mens andre sitter inne og røyker tobakk og vegrer seg for å lufte. (En nærmere gjennomgang av arbeidstakers rett til røykfri luft vil bli behandlet i del III, punkt 3.2 følgende.)

Det kan også være store forskjeller i innetemperatur i ulike private hjem. I Aftenposten Aften 07.01.2003 sto det at mange eldre på Oslos vestkant hadde det så kaldt innendørs at hjemmetjenesten måtte kjøre ut ovner for å gi nødvarme.¹⁰⁶ Bydel Bygdøy-Frogner fryktet at flere gamle skulle fryse i hjel, og i enkelte leiligheter nærmet temperaturen seg nullpunktet. Mange tjenestemottakere var redde for høye strømmregninger og skrudde av eller ned varmen, og enkelte oppholdt seg i sengen under dynen for å spare strøm.

For de ansatte er det uheldig med store temperaturforandringer. Temperaturen er gjerne en ekstra utfordring når oppdraget består i hjelp til dusj eller bad. Den som skal bade vil for eksempel gjerne ha det godt og varmt. Men under slike oppdrag må den ansatte ofte ha på seg gummistøvler og plastforkle, hvilket fort kan bli veldig klamt. Like etterpå skal vedkommende ut i kulden igjen. Stadige og store temperaturforandringer er uheldig også for de ansattes helse, men kan vanskelig unngås. Av egen erfaring vet jeg at kommunen har gitt beskjed til sine tjenestemottakere at når temperaturen faller under minus 15, avlyses tilbud om dusj og bad. I stedet får vedkommende et tilbud om full kroppsvask. For arbeidstaker er det avgjørende, her som ellers, at arbeidsmiljøet må være fullt forsvarlig, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-1.

¹⁰⁶ Fra atekst; <http://retriever-info.com/services/archive.html> (03.12.2007).

6 Særlig om kjemisk og biologisk helsefare, arbeidsmiljølovens § 4-5

6.1 Vernet mot kjemisk og biologisk helsefare

Arbeidsmiljølovens § 4-5 regulerer fysiske arbeidsmiljøforhold og er delvis en videreføring av §§ 8 og 11 i arbeidsmiljøloven fra 1977.¹⁰⁷ I henhold til Arbeidslivslovutvalget er bestemmelsen et utslag av at kjemiske og biologiske faktorer har fått et stadig sterkere fokus og høyere prioritet.¹⁰⁸

Ved håndtering av kjemikalier eller annet biologisk materiale har arbeidstaker rett til et tilrettelagt arbeidsmiljø slik at arbeidstaker er sikret mot ulykker, helseskader og særlig ubehag, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-5 (1). Det aktuelle for ansatte i hjemmetjenesten er først og fremst faren for smitte og annen helsefare rundt håndtering av biologisk materiale. Som helsearbeider er man ekstra utsatt for smitte fordi man er i kontakt med syke mennesker som kan ha smittsomme sykdommer. Graden av smittsomhet vil variere fra sykdom til sykdom, og behovet for beskyttelse vil derfor også variere.

Det er ikke bare smitte som utgjør en helserisiko for arbeidstakere, men også kjemisk forurensset materiale kan utgjøre en risiko for arbeidstakere i hjemmetjenesten.

Kreftpasienter som nylig har gått på cytostatika utgjør for eksempel en potensiell fare for de ansatte som må håndtere cytostatikaforurensset biologisk materiale.¹⁰⁹

Hjemmehjelpen vil også kunne være utsatt for kjemikalier i forbindelse med rengjøring. Det er, som tidligere nevnt, tjenestemottaker som skal holde hjemmehjelpen med vaske- og skuremidler. Videre er det praksis for at det er tjenestemottaker som skal holde hjemmehjelpen med gummihandsker og lignende. Det er imidlertid arbeidsgiver som har

¹⁰⁷ NOU 2004:5, s. 183.

¹⁰⁸ NOU Ibid.

¹⁰⁹ Det kan for eksempel påvises cytostatika i spytt, oppkast, urin og avføring.

ansvaret for å tilrettelegge arbeidsmiljøet slik at arbeidstaker har et fullt forsvarlig arbeidsmiljø også når det gjelder kjemiske og biologiske forhold, jfr. arbeidsmiljølovens § 2-1. I den grad tilrettelegging ikke skjer, kan arbeidstaker ha rett til og plikt til å nekte jfr. Del IV, punkt 2.

6.1.1 Rett til informasjon om smittefare

For å kunne beskytte seg mot biologisk helsefare etter arbeidsmiljølovens § 4-5 vil det kunne være avgjørende at arbeidstaker har informasjon om potensiell smitte, slik at vedkommende selv er i stand til å ta vare på egen helse og sikkerhet i akutte situasjoner. Tjenestemottaker har imidlertid rett til beskyttelse av sitt privatliv, herunder beskyttelse konfidensielle opplysninger. Dette følger av regler om vern mot spredning av opplysninger i pasientrettighetslovens § 3-6, taushetspliktregler i helsepersonellovens kapittel 5 samt av de generelle saksbehandlingsregler i forvaltningsloven.

En sykepleier eller annet helsepersonell har i kraft av sin stilling tilgang til helsemessige opplysninger og informasjon om den enkelte pasient som de skal pleie eller behandle. For denne gruppen arbeidstakere i hjemmetjenesten er det derfor normalt ikke problematisk. En uautorisert hjemmehjelp regnes imidlertid ikke som helsepersonell, jfr. helsepersonellovens § 3 og oppregningen i helsepersonellovens § 48. Spørsmålet blir således om den samme informasjonen skal eller bør være tilgjengelig for hjemmehjelpen som skal ta seg av praktiske gjøremål som rengjøring og handling. Trenger for eksempel hjemmehjelpen som skal vaske gulv eller handle kolonialvarer informasjon om hvorvidt tjenestemottaker er smittet av hepatitt eller HIV?

I utgangspunktet skal denne gruppen arbeidstakere ikke befatte seg med biologisk materiale, forutsatt at tjenestemottaker ellers er mentalt klar og ordnet. Problemet er at man ikke alltid vet om tjenestemottaker vil kunne komme til å representere en fare for arbeidstakers helse og sikkerhet. Arbeidstaker er for eksempel hos tjenestemottaker for å vaske gulv, men brukeren faller og slår seg til blods.

Den faglige normen for helsepersonell og andre som håndterer biologisk materiale er å behandle alt biologisk materiale som om det var smitte. Dette for å være på den sikre siden. Det tilsier derfor at hjemmehjelpen ikke trenger informasjon om smitte. Hvis arbeidstaker derimot tror tjenestemottaker er frisk, kan det allikevel glippe i akutte situasjoner.

I Lov om vern mot smittsomme sykdommer av 5. august 1994, nr. 55 (smittevernloven) er det i § 2-2 enkelte unntak fra taushetsplikten, men vilkåret er at det er overveiende sannsynlig at helsepersonell er i fare for å bli overført en allmennfarlig smittsom sykdom. I vårt tilfelle er det neppe snakk om noen overveiende sannsynlighet for overføring av smitte. Unntaket i smittevernloven kan derfor ikke komme til anvendelse.

Forholdsmessighetsbetraktninger kan allikevel tilsi at retten til informasjon om smitte også kan avhenge av graden av smittsomhet (virulens) og sykdommens alvorlighetsgrad. Jo mer smittomt, desto mindre skal det til før arbeidstaker må få informasjon. Tilsvarende gjelder jo alvorligere sykdommen er, jo mer informasjon bør hjemmehjelpen ha. Samtidig vil nettopp de alvorlige tilfellene som for eksempel HIV-smitte, kunne være mer stigmatiserende og behov for taushetsplikt vil derfor være økt.

Så vidt jeg kan se er det i rettspraksis ikke behandlet lignende tilfeller, men i Rt. 1981 s. 312 ble en tannlege som ble smittet av hepatitt av en narkoman pasient ikke hørt med at sosialkontoret burde ha varslet at pasienten var smittet. Høyesterett uttalte blant annet at ”En generell underretningsrutine vil ha betenkelige sider. Det vil kunne virke uheldig, og forholdet til reglene i sosialomsorgsloven vil kunne være tvilsomt...” Høyesterett tar imidlertid ikke stilling til taushetspliktreglene og dommen har derfor begrenset verdi i dette tilfellet.

Det vil derfor være nødvendig å foreta en konkret helhetsvurdering av hvert enkelt tilfelle hvor graden av smittsomhet og sykdommens alvorlighetsgrad, tjenestemottakers tilstand og sannsynlighet for fall eller lignende og skade blir tatt i betraktning. En kjønnssykdom vil

for eksempel ikke være relevant informasjon hvis den eneste måten sykdommen smitter på er ved kjønnslig kontakt.

7 Retten til ikke å bli diskriminert

7.1 Innledning

Retten til ikke å bli diskriminert fremgår av FNs menneskerettserklæring fra 1948, artikkel 1 hvor det slås fast at ”All human beings are born free and equal in dignity”.

Denne retten er i dag en menneskerettighet som er beskyttet i en rekke ulike lover og konvensjoner som er bindende for Norge. Retten til ikke å bli diskriminert er i følge Kirsten Ketscher en av grunnverdiene som vårt rettsystem hviler på.¹¹⁰

Prinsippet om ikke-diskriminering er i dag forankret i Grunnlovens § 110 c.¹¹¹

Grunnlovsbestemmelsen pålegger de offentlige myndigheter å ”respektere og sikre Menneskerettighetene” og ved menneskerettsloven av 1999 § 3 ble EMK, SP og ØSK inkorporert og gitt forrang foran annen norsk lov. Det finnes også flere andre lover og konvensjoner som også har forbud mot diskriminering. For eksempel er FNs kvinnekonvensjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon. Disse er inkorporert i henholdsvis likestillingslovens § 1b og diskrimineringslovens § 2. I arbeidsmiljøloven er det også et eget kapittel om vern mot diskriminering. Hvilken lov som kommer til anvendelse avhenger av hvilket diskrimineringsgrunnlag som påberopes.¹¹²

¹¹⁰ Ketscher (2002) s. 76-77.

¹¹¹ Ikke uttrykkelig, men indirekte.

¹¹² Dette kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 7.3

7.2 Begrepet diskriminering

Diskrimineringsbegrepet er definert i likestillings- og diskrimineringsloven når det gjelder henholdsvis direkte og indirekte diskriminering.¹¹³ Både begrepsbruk og definisjoner er imidlertid ikke helt sammenfallende i de to lovene. I diskrimineringsloven brukes begrepet ”diskriminering,” mens i likestillingsloven brukes begrepet ”forskjellsbehandling”.

Diskriminering som omhandler eksplisitt forskjellsbehandling kalles direkte diskriminering. Etter likestillingslovens § 3 (2) nr. 1 er direkte forskjellsbehandling definert som ”handlinger som stiller menn og kvinner ulikt på grunn av kjønn”. Etter diskrimineringslovens § 4 (2) innebærer direkte diskriminering at ”en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at personer eller foretak på grunnlag som nevnt i første ledd blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon”.

Tilfeller der nøytral eller formell sett lik behandling resulterer i en faktisk forskjellsbehandling, kalles indirekte diskriminering.¹¹⁴ Indirekte forskjellsbehandling er i likestillingslovens § 3 (3) definert som ”enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”, mens diskrimineringslovens § 4 (3) definerer indirekte diskriminering som ”enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praktisk handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av forhold som nevnt i første ledd blir stilt særlig ufordelaktig sammenliknet med andre. Med indirekte diskriminering i arbeidslivet menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at arbeidssøker eller arbeidstaker stilles dårligere enn andre arbeidssøkere eller arbeidstakere på grunn av forhold som nevnt i første ledd”.

¹¹³ Det finnes ingen tilsvarende legaldefinisjon i dagens arbeidsmiljølov.

¹¹⁴ Fauchald (2006), s. 6 skrevet av Aslak Syse og Marianne Jenum Hotvedt.

I lovgivningen, juridisk teori og i samfunnet for øvrig brukes både uttrykket ”diskriminering” og uttrykket ”forskjellsbehandling”. I NOU 2002:12 ”Rettslig vern mot etnisk diskriminering” er det tatt til orde for at forskjellsbehandling antas å være et nøytralt begrep som omfatter alle former for ulik behandling, mens diskriminering omfatter den forskjellsbehandling som ikke er saklig begrunnet og ikke berettiget som positiv særbehandling.¹¹⁵ Begrepsbruken er imidlertid ikke helt konsekvent verken i lovgivningen eller i dagligtalen. Noen stor realitetsforskjell innebærer den ulike bruken av terminologi derfor antageligvis ikke. Det vil derfor i det følgende ikke trekkes noe skarpt skille mellom de ulike diskrimineringsbegrepene.

Det rettslige vernet mot diskriminering kan videre grovt grupperes i to ulike regeltyper, nemlig det individuelle og det strukturelle vernet mot diskriminering.¹¹⁶ Det individuelle vernet skal sikre den enkelte en personlig rett til å ikke bli diskriminert ved hjelp av presise lovbestemmelser som kan håndheves gjennom søksmålsadgang. Det strukturelle vernet omhandler derimot de underliggende strukturer og samfunnsforhold som gjør at forskjellsbehandling finner sted på grunnlag av sosiale og kulturelle normer. Det individuelle og strukturelle vernet mot diskriminering er imidlertid ment å supplere hverandre og må derfor ses i sammenheng.¹¹⁷

7.3 Diskrimineringsgrunnlag

Diskriminering kan skje ut fra forskjellige grunnlag, såkalte ”diskrimineringsgrunnlag”. Diskrimineringsgrunnlaget er avgjørende for hvilken lov som kommer til anvendelse. I arbeidsmiljølovens § 13-1 (1) gis arbeidstaker vern mot diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller

¹¹⁵ NOU 2002:12, punkt 2.2 og 3.2.

¹¹⁶ Hellum (2008) kapittel 7, ”Deltids- og midlertidig ansattes diskrimineringsvern”, skrevet av Helga Aune (Sidetall kan dessverre ikke oppgis da boken er under publisering).

¹¹⁷ Ibid.

alder. I likestillingslovens § 3 er arbeidstaker gitt vern mot forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, og i diskrimineringslovens § 4 er arbeidstaker gitt vern mot diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn. Dette fremgår for øvrig også av arbeidsmiljølovens § 13-1(4) og (5).

På bakgrunn av min problemstilling og de problemsituasjoner jeg har valgt å gjennomgå senere i oppgaven, har jeg valgt å ikke gå nærmere inn på arbeidsmiljølovens diskrimineringsgrunnlag. Dette fordi jeg ikke oppfatter disse diskrimineringsgrunnlagene som spesielt problematisk eller typisk for arbeidstakere i private hjem. Diskrimineringsgrunnlagene kjønn og etnisitet oppfatter jeg derimot som mer aktuelle. Min erfaring er at disse grunnlagene oftere reiser spørsmål i forholdet mellom tjenestemottaker og tjenestetilbyder/arbeidstaker.

7.4 Nærmere om det strukturelle diskrimineringsvernet

Det vil ofte være en flytende overgang mellom indirekte diskriminering og strukturell diskriminering. En helt presis grense kan derfor ikke angis. Strukturell diskriminering karakteriseres ved at det skjer på et mer overordnet nivå, basert på stereotype forestillinger. Det er derfor en litt annen form for diskriminering enn individorientert indirekte diskriminering.

Kvinnekonvensjonens artikkel 5 a pålegger staten en plikt til å gjøre bruk av alle nødvendige virkemidler for å endre menns og kvinners sosiale og kulturelle atferdsmønstre som bygger på stereotype manns- og kvinneroller. Vernet mot strukturell diskriminering pålegger staten en rettslig plikt til å gjøre noe med de underliggende årsakene til at kvinner og menn behandles ulikt.¹¹⁸ Ulike arbeidsmiljøbetingelser i praksis når det gjelder manns-

¹¹⁸ Ibid. Kapittel 14, "Mot et strukturelt diskrimineringsvern; aktivitetsplikt og midlertidige særtiltak", skrevet av Anne Hellum.

og kvinnearbeid, vil således være i strid med kvinnekonvensjonen selv om den formelle lovgivningen er lik for begge typer arbeidsplasser.

For å kunne treffe de nødvendige tiltak som Kvinnekonvensjonens artikkel 5 a gir anvisning på, stilles det krav om kunnskap om kjønnsrollemønstre og hvorfor samfunnsstrukturen er slik den er.

7.5 Vilkår for å karakterisere en handling som diskriminerende

Det er tre vilkår som må være oppfylt for at en person skal kunne anses for å bli diskriminert enten direkte eller indirekte. Dette gjelder uavhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag som påberopes. For det første er det et krav om *årsakssammenheng* mellom diskrimineringsgrunnlaget og den dårlige behandlingen vedkommende er blitt utsatt for. For det andre er det et krav om at vedkommende på grunn av den foretatte handling eller unnlatelse *havner i en mindre gunstig posisjon* enn andre. Kriteriene er enten dårligere eller særlig ufordelaktig sammenliknet med andre. Det tredje vilkåret er at det aktuelle tiltaket ikke er *tillatt* direkte eller indirekte forskjellsbehandling.¹¹⁹ En nærmere redegjørelse for hva som ligger i disse vilkårene vil følge av gjennomgangen av problemsituasjoner vedrørende diskriminering, jfr Del III, punkt 4.2 og punkt 4.3.¹²⁰

7.6 Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling etter likestillingsloven

Likestillingsloven gjelder i henhold til § 2 (1) på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn. Loven gjelder således også i familieforhold,¹²¹ men loven håndheves

¹¹⁹ Strand (2007) s. 142-145.

¹²⁰ For videre lesning anbefales Strand (2007).

¹²¹ Sml. med diskrimineringsloven.

imidlertid ikke av Likestillings- og diskrimineringsombudet eller av Likestillings- og diskrimineringsnemnda på dette området.

I Ot.prp nr. 77 (2000-2001) punkt 6.1.1 står det at ”Ulik behandling av det ene kjønn er kun tillatt i helt bestemte unntakstilfeller. Disse utledes av ulovfestede saklighetsprinsipper og av § 3 tredje og fjerde ledd”. I henhold til forarbeidene er unntaksadgangen meget snever.¹²² Det ulovfestede saklighetsprinsippet tilsier imidlertid at det kan være adgang til å foretrekke det ene kjønn, forutsatt at kjønn er en avgjørende kvalifikasjon for å utføre det aktuelle arbeidet.¹²³ En begrunnelse for tillatt forskjellsbehandling kan være bluferdighet. I forarbeidene vises det til behovet for en kvinne til å betjene dametoiletet som eksempel på tillatt forskjellsbehandling. I henhold til juridisk teori skal ulik behandling begrunnet med bluferdighet bare godtas når tungtveiende grunner taler for det.¹²⁴

Slik lovens systematikk er lagt opp, kan man få inntrykk av at det ulovfestede saklighetsprinsipp nå er lovfestet i likestillingslovens § 3 (4) og at prinsippet derfor kun gjelder indirekte diskriminering. I forarbeidene er det også uttalt at diskrimineringsvernet ytterligere er blitt innskjerpet. Spørsmålet blir derfor om det fortsatt eksisterer et ulovfestet saklighetsprinsipp som kan anvendes på direkte diskriminering etter at saklighetsprinsippet ble lovfestet for indirekte diskriminering.

I NOU 2008:1 fremgår det at likestillingsloven ikke har noen unntaksregel når det gjelder direkte diskriminering, bortsett fra når det gjelder den generelle unntaksbestemmelsen i indre trossamfunn, jfr. likestillingslovens § 2.¹²⁵ Likevel er det i praksis innfortolket en snever unntaksadgang i særlige situasjoner. Unntaksadgangen gjelder bare ved noen få

¹²² Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 7.2.1 s. 40.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Bruzelius (2008) note 11.

¹²⁵ NOU 2008:1 ”Kvinner og homofile i trossamfunn” Likestillingslovens og arbeidsmiljølovens særlige unntak fra forbudet mot diskriminering, punkt 4.3.1 s. 37.

tilfeller hvor forskjellsbehandlingen anses for å være saklig og dermed ikke kjønnsdiskriminering i lovens forstand.

I Sak nr. 16/2006 fra Likestillings og diskrimineringsnemnda side 6 uttales det at:

"Ved direkte forskjellsbehandling etter § 3 første og andre ledd utledes unntaksadgangen av ulovfestede saklighetsprinsipper, jfr Ot.prp. nr. 1 (1977-78) s. 10. Utenfor generalklausulens område faller en handling som har en saklig begrunnelse, d.v.s. som er både sann og relevant (eller akseptabel) i sin sammenheng. Unntaket er utdypet i Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 31. Aksepterte eksempler er forskjellige klasser for menn og kvinner innen idretten og delinger som er begrunnet i bluferdighet".

Uttalelsen fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda tyder derfor på at det fortsatt gjelder et ulovfestet saklighetsprinsipp også når det gjelder direkte diskriminering.

I følge Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) side 111 må det også ved tolkningen av om det foreligger direkte diskriminering ses hen til hvilket livsområde saken gjelder. Det er forskjell om man diskrimineres i lovgivningen eller om man diskrimineres ved tildeling og fordeling av arbeidsoppgaver. For eksempel anså EU-domstolen i "Kalanke-saken"¹²⁶ at kvoteringsordninger som ga automatisk fortrinnsrett for kvinner for å være i strid med likebehandlingsdirektivet.

Etter likestillingslovens § 3 (4) kan indirekte forskjellsbehandling i særlige tilfeller være tillatt. Vilåårene er da at forskjellesbehandlingen har et "saklig formål uavhengig av kjønns, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet". I henhold til Ot.prp. nr 77(2000-2001) side 112-113 er kravet etter likestillingslovens § 3 at den indirekte forskjellsbehandlingen har et saklig formål som ikke har sammenheng med kjønns. Hensynet til likestilling er av stor vekt ved interesseavveiningen. Muligheten for unntak gjelder bare i særlige tilfeller, jfr. § 3 (4).

¹²⁶ C-450/93.

Uttrykket ”særlige tilfeller” tilsier at det generelt skal mye til før hensynet til likestilling skal vike for andre interesser. Kravet om saklighet betyr videre at begrunnelsen skal bygge på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper som likebehandling vil medføre. Middelet må dessuten være egnet til å oppnå det som ønskes ved forskjellsbehandlingen. I kravet om at handlingen er nødvendig ligger et vilkår om at det ikke skal være mulig med andre handlingsalternativer for å oppnå formålet, mens det i uttrykket ”ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet” ligger en anvisning på en interesseavveining. Hensynet til den som forskjellsbehandler skal derfor veies opp mot hensynet til den som utsettes for forskjellsbehandlingen.¹²⁷ For eksempel kom EF-domstolen i ”Marshall-saken”¹²⁸ frem til at særtiltak for å øke andelen kvinner på en arbeidsplass hvor kvinner var underrepresentert, ikke var i strid med EFs likebehandlingsdirektiv 76(207)EØF forutsatt: ”...at reglen i hvert konkret tilfælde garanterer de mandlige ansøgere, der er lige saa kvalificerede som de kvindelige ansøgere, at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle kriterier vedroerende den enkelte ansøgers person, og at der ses bort fra de kvindelige ansøgers fortrinsstilling, saafremt en mandlig ansøger ud fra et eller flere af disse kriterier boer foretraekkes, og- at disse kriterier ikke er diskriminerende over for de kvindelige ansøgere”.¹²⁹

Ordet ”inngripende” refererer til konsekvenser i et likestillingsperspektiv. Formålet med handlingen skal derfor vurderes opp mot konsekvensene for den som forskjellesbehandles. Departementet påpeker imidlertid at interesseavveiningen må avhenge av hvilket samfunnsområde det dreier seg om. Avveiningen må videre også avhenge av hva slags handlinger det er snakk om.¹³⁰ I ”Universitetet i Oslo-saken” la EFTA-domstolen til grunn at eksklusiv øremerking av stillinger for kvinner var i strid med kravet om likebehandling ved ansettelse og yrkesopplæring i EFs likebehandlingsdirektiv 76/207/EØF. Domstolen la

¹²⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 16.1 s. 112.

¹²⁸ C-409/95.

¹²⁹ Jfr. siste avsnitt.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 16.1 s. 112.

vekt på at det ved bruken av øremerking ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til behovet for å sikre seg de mest kvalifiserte søkerne.¹³¹ Hensynet til de mannlige søkerne som var bedre kvalifisert måtte derfor tillegges stor vekt når det gjaldt ansettelser i offentlige stillinger.

7.7 Unntak fra forbudet mot diskriminering etter diskrimineringsloven

Hovedregelen er at diskrimineringsloven gjelder på alle samfunnsområder med unntak av familieliv og personlige forhold, jfr diskrimineringslovens § 3(1) første punktum.

I merknadene til diskrimineringslovens § 3 i Ot. prp nr. 33 (2004-2005) står det at unntaket for familieliv og personlige forhold må tolkes snevert. Når det gjelder familieliv, er det snakk om en avgrenset personkrets hvor alle involverte er i slekt med hverandre. Grensen mot personlige forhold er derimot mer flytende, men det er snakk om rent private anliggender. I forarbeidene nevnes at forhold innenfor boligens fire vegger typisk vil være unntatt fra lovens virkeområde. Et eksempel er utleie av rom i egen bolig. Videre vil forhold som knytter seg til personlige bekjentskaper, omgangskrets etc. normalt måtte anses som personlige forhold. For å avgjøre hva som anses som personlige forhold må man i praksis foreta en helhetsvurdering.¹³²

Etter diskrimineringslovens § 4 (1) er det forbudt med direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn. Unntak fra denne hovedregelen kan tenkes hvis forskjellsbehandling er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.¹³³ Unntaket er generelt utformet og må derfor referere seg både til direkte og indirekte diskriminering. Det er således noen ulikheter i lovgivningen når det gjelder unntak fra forbudet mot direkte diskriminering.

¹³¹ E-1/02.

¹³² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 204.

¹³³ For nærmere utdyping om disse vilkårene, se Del II, punkt 7.5.

DEL III

UTVALGTE PROBLEMSITUASJONER I PRIVATE HJEM

1 Innledning

Et privat hjem skiller seg fra en ”vanlig” arbeidsplass blant annet ved at det ikke er gjenstand for den samme styring og kontroll fra arbeidsgivers side. Det er tjenestemottaker som bestemmer i sitt private hjem.

Det naturlige utgangspunkt for all helsehjelp i private hjem er at den skal være frivillig. Et slikt prinsipp springer ut av hensynet til tjenestemottakers autonomi/selvbestemmelse. Tjenestemottaker må selv søke hjelp hos bestillerkontoret. Alternativt kan vedkommende få hjelp fra spesialisthelsetjenesten, familie, venner eller andre til å søke på vegne av seg selv, men kravet er at vedkommende må samtykke for å få hjelp.

I det følgende vil jeg presentere utvalgte problemsituasjoner som kan oppstå i tilknytning til arbeidstakers rettigheter i private hjem. Det er tidligere slått fast at det klare utgangspunkt er at kommunens plikt overfor tjenestemottaker ikke påvirker arbeidstakers rettigheter. Indirekte kan det allikevel oppstå konflikter mellom tjenestemottakers rettigheter og arbeidstakers rettigheter, selv om de ikke står i et direkte rettsforhold til hverandre. Jeg vil derfor også skissere noen få slike typetilfeller og mulige praktiske løsninger på disse konfliktene.

2 Utvalgte problemsituasjoner vedrørende det psykososiale arbeidsmiljøet

2.1 Oversikt

I det følgende har jeg valgt å gå nærmere inn på enkelte problemsituasjoner vedrørende det psykososiale arbeidsmiljø som jeg anser for å være særlig aktuelle for ansatte i hjemmetjenesten. Nærmere bestemt vil jeg ta for meg eksponering for pornografisk materiale og tilrettelegging av seksuelle behov.

2.2 Eksponering for pornografisk materiale

2.2.1 Problemstillingen

I hjemmetjenesten kan arbeidstaker risikere å bli eksponert for pornografisk materiale. Det kan for eksempel henge pornografisk materiale på veggene eller det kan ligge pornoblader og sexleketøy rundt omkring. Et sted jeg jobbet var det første som møtte hjemmesykepleien en stor pornokalender i entreen. Det kan stilles spørsmål om dette kan representere et brudd på arbeidstakers rett til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter arbeidsmiljølovens § 4-1, jfr. § 4-3 (1) og (3). Pornografisk materiale kan være egnet til å virke integritetskrenkende og kan også anses som seksuell trakassering overfor arbeidstaker. På den annen side har tjenestemottaker som privatperson rett til å bruke pornografi i sitt eget hjem.

Pornografisk materiale hører sjelden hjemme på en arbeidsplass og vil dessuten kunne virke ekskluderende for kvinnelige jobbsøkere. Selv på typiske mannsarbeidsplasser er det ikke alle menn setter pris på eller som ønsker å bli utsatt for pornografisk påvirkning. Et spørsmål er om arbeidstakere i private hjem skal måtte finne seg i mer enn for eksempel hva tilfellet er på en typisk kontorarbeidsplass eller en vanlig industriarbeidsplass.

2.2.2 Integritetskrenkende eller trakasserende pornografi

Hva som anses som pornografi er et skjønnsspørsmål, men en viss veiledning kan søkes i straffeloven. Straffelovens begrep referer seg imidlertid til hva som er straffbar pornografi, hvilket i alle fall må være innenfor normen for hva som regnes som pornografisk materiale. Pornografi er i strl. § 204 (2) definert som:

”kjønnslige skildringer som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forrående, herunder kjønnslige skildringer hvor det gjøres bruk av lik, dyr og tvang. Som pornografi regnes ikke kjønnslige skildringer som må anses som forsvarlige ut fra et kunstnerisk, vitenskapelig, informativt eller lignende formål”.

Definisjonen tilsvarer den tidligere strl. § 211 (2) som gjaldt ”utuktige eller pornografiske skildringer.”¹³⁴ Definisjonen er en rettslig standard, og de til enhver tid herskende moral- og samfunnsoppfatninger vil derfor være avgjørende når det gjelder hva som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forrående. Vurderingstemaet må avgjøres skjønnsmessig, men grunnvilkåret er at skildringen er ”kjønnslig”. Strl § 204 (2) gir selv enkelte eksempler på hva som omfattes og hva som ikke omfattes av uttrykket pornografisk. I Innst. O. nr. 52 (1984-85) presiseres det imidlertid at uttrykket ”menneskelig nedverdiggende” ikke er oppfylt selv om forholdet kan karakteriseres som kjønnsdiskriminerende.¹³⁵

I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2005 s. 1628 var spørsmålet om et illustrert skrift hadde et innhold som ble rammet av forbudet mot utgivelse av pornografi fordi det inneholdt ”kjønnslige skildringer som virker støtende”, jfr. strl § 204(2) 1. punktum. I avsnitt 24 siterer Høyesterett lagmannsrettens oppsummering slik: ”For å kunne karakterisere noe som ”støtende”, må det i det minste kreves at det virker så sterkt negativt at det berettiger å ta i bruk samfunnets strengeste reaksjon på uønsket atferd”. Høyesteretts utsagn referer seg

¹³⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000)kapittel 16.1.1 s. 118-119.

¹³⁵ Matningsdal (2008) kommentar til strl § 204 (2).

imidlertid til straffelovens pornografibegrep. Pornografisk materiale kan være støtende og/eller integritetskrenkende til tross for at forholdet ikke rammes av straffelovens bestemmelse, og dermed er lovlig. Jeg mener derfor at man ikke kan legge den samme begrepsforståelsen til grunn arbeidsrettslig som strafferettslig.

Etter straffeloven er det tillatt med kjønnslige skildringer hvis de er forsvarlige ut i fra et kunstnerisk formål. I forhold til normen om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, må det avgjørende være hvorvidt et maleri eller annet kunstverk er egnet til å virke identitetskrenkende eller seksuelt trakasserende. Men det skal formodentlig mer til før man anser et maleri som identitetskrenkende enn rene fotografier og plakater.

Hva som er egnet til å virke integritetskrenkende vil kunne variere. For noen er bilder av lett-kledde eller toppløse damer egnet til å virke integritetskrenkende, mens for andre ligger listen betydelige høyere. I vurderingen av hva som er integritetskrenkende og nedverdiggende tilsier ordlyden i arbeidsmiljølovens § 4-3 (1) at man skal legge en subjektiv forståelse til grunn. Samtidig må det være slik at ikke alt som for den enkelte kan oppleves som støtende, er å anse som et brudd på kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Mennesker er forskjellige og det en person reagerer sterkt på, vil en annen knapt legge merke til eller bry seg noe om. Lovtekniske hensyn når det gjelder praktiseringen av bestemmelsen taler imidlertid i mot en ren subjektiv forståelse.

For kvinnelige arbeidstakere kan et fornuftig utgangspunkt, som nevnt i Del II, punkt 4.4.4, være at det stilles opp en allmenn norm ut i fra hva en "vanlig" kvinnelig arbeidstaker mener er integritetskrenkende og trakasserende. Som en veiledning for tanken, burde det kanskje spørres om hvordan arbeidstaker ville ha reagert på det samme pornografiske materialet hvis det hang i kantinen på en ordinær arbeidsplass. Jeg tror at det først er da man klarer å fri seg fra forestillingen om hva man som arbeidstaker må godta i privat hjem. Et slikt tankeeksperiment kan være nyttig for at ansatte i hjemmetjenesten ikke skal akseptere dårligere eller uforsvarlige arbeidsvilkår selv om de arbeider i private hjem.

2.2.3 Kan ansatte i hjemmetjenesten kreve at tjenestemottaker fjerner pornografisk materiale?

Det er arbeidsgiver som først og fremst har plikt til å sørge for at de ansatte ikke blir utsatt for nedverdiggende og krenkende behandling, jfr arbeidsmiljølovens § 2-1. Selv om tjenestemottaker har lov til å ha pornografisk materiale i eget hjem, innebærer ikke det at de ansatte skal være nødt til å bli eksponert for integritetskrenkende pornografi, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-1 og § 4-3(1).

Forholdsmessighetsbetraktninger tilsier en løsning hvor begge parter interesser ivaretas så langt det er mulig. En praktisk løsning kan derfor være at kommunen som tjenesteyter og arbeidsgiver krever at tjenestemottaker gjemmer unna pornografisk materiale i den tiden de ansatte er tilstede, eller at tjenestemottaker oppbevarer sitt pornografiske materiale i rom hvor de ansatte ikke arbeider.

Hvorvidt arbeidstaker, og herunder kommunen som både arbeidstaksgiver og tjenesteyter, har rett til å kreve at tjenestemottaker fjerner pornografisk materiale er imidlertid tvilsomt. Det foreligger ingen hjemmel for et slikt inngrep i tjenestemottakers private hjem. Allikevel må det tilføyes at selv om kommunen som tjenesteyter ikke kan kreve at tjenestemottaker fjerner det pornografiske materialet, kan arbeidstaker, hvis de blir utsatt for integritetskrenkende eller trakasserende handlinger, ha rett til nekte å arbeide i slike hjem.¹³⁶

2.3 Tilrettelegging av tjenestemottakers seksuelle behov

Av og til reises det spørsmål om en sykepleier eller hjelpepleier kan pålegges å tilrettelegge for tjenestemottakers seksuelle behov eller om det kan anses som en del av arbeidsoppgavene å ta kontakt med eller følge tjenestemottaker til en prostituert.

¹³⁶ Se Del IV, punkt 2 for nærmere om retten til å nekte å arbeide.

Tilrettelegging av seksuelle behov i form av å ta kontakt med en prostituert vil kunne rammes av hallikparagrafen, jfr. strl. § 202. Denne paragrafen fastslår at det er straffbart å "fremme andres prostitusjon". Det er imidlertid et alminnelig rettslig prinsipp at man ikke anses forpliktet til å begå straffbare handlinger. De ansatte må derfor ha rett til å nekte å utføre den type arbeidsoppgaver.

Hva angår tilrettelegging av seksuelle behov generelt, er dette først og fremst et spørsmål om arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten innebærer det blant annet at arbeidsgiver som leder av arbeidet i virksomheten, har rett til å styre arbeidstakerne på hvilken måte de skal utføre arbeidet og hvordan de skal opptre. Styringsretten er en ulovfestet rettsregel som er anerkjent i rettspraksis.¹³⁷ I Nøkk-dommen uttalte Høyesterett følgende om arbeidsgivers styringsrett: "Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalen må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen".¹³⁸ Det må derfor vurderes hva som fremgår av arbeidsavtalen og hva som er tillatt innenfor rammen av arbeidsforholdet. Det vil for eksempel ikke være naturlig å be en sykepleier om å lære pasienten å lese selv om vedkommende trenger hjelp til det.

Tilrettelegging av seksuelle behov som en arbeidsoppgave kan fort komme til å krenke den enkeltes rett til integritet og verdighet etter arbeidsmiljølovens § 4-3 (1). Tilrettelegging av tjenestemottakers seksuelle behov er ikke det man typisk forbinder med sykepleie eller andre omsorgsoppgaver. Hvis det ikke er inngått avtale om at slike arbeidsoppgaver hører inn under stillingen, er det derfor naturlig å anse at tilrettelegging av seksuelle behov ligger utenfor de alminnelige arbeidsoppgaver i yrket og således også utenfor arbeidsgivers styringsrett.

¹³⁷ Einarsen (2007) s. 159.

¹³⁸ Rt. 2000 s.1602 (Nøkk-dommen) s. 1609.

Det må derfor være en presumsjon for, i den grad tilrettelegging for seksuelle behov ikke eksplisitt er nevnt i arbeidsavtalen eller uttrykkelig avtalt, at arbeidstaker har rett til å nekte å utføre slike arbeidsoppgaver.

3 Utvalgte problemsituasjoner vedrørende det fysiske arbeidsmiljøet

3.1 Oversikt

I dette kapittelet vil jeg gå litt nærmere inn på noen særlig aktuelle problemsituasjoner vedrørende det fysiske arbeidsmiljø som kan oppstå for ansatte i hjemmetjenesten.

Nærmere bestemt vil jeg ta for meg eksponering for tobakksrøyk, arbeidstakers behov for tekniske hjelpemidler, og uhygieniske forhold.

3.2 Eksponering for tobakksrøyk

3.2.1 Bakgrunn

I de senere år har det blitt reist flere spørsmål om de ansatte i hjemmetjenesten kan kreve et røykfritt arbeidsmiljø. En undersøkelse foretatt av Statens institutt for rusmiddelforskning i 2002 viser at 74 % av kvinnene og 59 % av mennene føler ubehag ved å oppholde seg i røykfylte rom. Det er således flere kvinner enn menn som føler ubehag ved passiv røyking.¹³⁹ I hjemmetjenesten er det flertall av kvinnelige ansatte, og en rett til røykfri luft i private hjem vil derfor være av ekstra stor betydning for denne gruppen arbeidstakere.

¹³⁹ Lund (2004) s.32-33.

Retten til ”røykfri luft for alle” er en relativt ny rettighet. For ikke mange år siden var den herskende kultur at man kunne røyke både når og hvor man ville. På grunn av stadig økende kunnskap om tobakkens skadelige effekt på helsen er denne adgangen blitt kraftig innsnevret. I Norge er det først og fremst innføringen av den såkalte ”røykeloven” (Lov om vern av tobakksskader fra 9. mars 1973 nr. 14 § 6) som har bidratt til en slik utvikling.¹⁴⁰ Tobakkskadelovens innførte i 1988 forbud mot å røyke på steder hvor allmennheten har adgang og i arbeidslokaler der to eller flere er samlet. I 2004 ble rettsvernet mot passiv røyking ytterligere utvidet til også å omfatte alle innendørs serveringssteder.¹⁴¹ I dag er derfor situasjonen at man ikke lenger kan røyke hvor man vil.

3.2.2 Eksemplifisering av problemstillingen – RÅ 1990 ref 44

Et eksempel på konflikt mellom arbeidstakers rett til forsvarlig arbeidsmiljø og tjenestemottakers rett til praktisk bistand og selvbestemmelse, og herunder kommunens plikt til å oppfylle disse, er avgjørelsen fra den svenske Regeringsrätten som ble avsagt den 13.mars 1990.¹⁴²

Saken handlet om en pasient som led av MS og av den grunn var sterkt handikappet slik at han ikke klarte å holde sigarettene selv. Han trengte derfor hjelp til å røyke. Pasienten var allerede innvilget hjelp til å røyke 5 sigaretter om dagen, men anket avgjørelsen fordi han mente dette ikke var tilstrekkelig. Tjenestemottaker hevdet at nektelsen av hjelp til å røyke når han selv mente han hadde behov for det, var urimelig. Begrunnelsen for innskrenkingen av antall røyk var hensynet til de ansatte som skulle beskyttes mot tobakksrøyk. Pasienten anførte for sin sak at det fortsatt var lovlig å røyke, og at det for å sikre en anstendig livskvalitet var nødvendig for ham å få hjelp til å røyke. Det ble anført at hensynet til selvbestemmelse og respekt for hans integritet tilsa at han selv skulle være med å bestemme hjelpens utforming.

¹⁴⁰ Røykeloven er et vanlig uttrykk for tobakksskadelovens § 6.

¹⁴¹ Kjønstad (2004a) s.192.

¹⁴² RÅ 1990 ref 44.

Länsrätten kom til at hjelp til å røyke ikke kunne anses som rett til bistand etter loven, særlig med tanke på den helserisiko som det medfører både for den røykende og for hans hjelpere.¹⁴³

Kammarrätten kom under dissens til samme resultat som Länsrätten. Flertallet fant at kommunen kunne legge begrensninger i forhold til antall sigaretter og retten til å røyke ble derfor ikke ansett som "bistand" etter den svenske sosialtjenesteloven. Flertallet godtok Socialnåmdens kompromissløsning når det gjaldt tjenestemottakers selvbestemmelse over sitt liv og de ansattes krav på et akseptabelt arbeidsmiljø

Mindretallet påpekte derimot at hensynet til å beskytte arbeidstakerne for eksempel kan skje ved å montere ventilasjonsanlegg, og at formålet med sosialtjenesteloven var å hjelpe mennesker med bistandsbehov til å leve, og ikke bare overleve. Mindretallet mente dette måtte bety at loven skulle bidra til en slik livskvalitet som var sammenlignbar med levevilkårene til de øvrige medborgerne i Sverige, og at pasienten måtte få samme mulighet til selv å bestemme sitt sigarettkonsum som det andre ikke-handikappede.

I forbindelse med saken uttalte Socialstyrelsen: "Passiv røking är en hälsofråga som måste tas på allvar. Även om sambandet mellan passiv rökning och olika hälsorisker inte är helt och hållet klarlagt, så är kunskapsunderlaget tillräckligt starkt att det vore ansvarslöst att underlåta att vidta olika skyddsåtgärder. En självklar princip i arbetet är att den som inte vill vistas i en rökig miljö också ska slippa göra det. Alt starkare krav på lagstifning om rökfria miljöer har också framförts under de senaste åren. För närvarande arbetar en statlig utredning med förslag om en lagstiftning som ska söka garantera rätten till en rökfri miljö i olika gemensamhetslokaler, så långt detta är möjligt. Styrelsen finner det dock inte rimelig att personer som på grund av handikapp inte själva kan hålla i en cigarett skall behöva vara de som måste ta större hänsyn till medmänniskor än vad som krävs av övriga i samhället."

¹⁴³ Avgjørelsen ble fattet med grunnlag i § 6 i den svenske socialtjänstlagen.

Socialstyrelsen var videre av den oppfatning at tjenestemottaker burde kunne få nødvendige hjelpemidler som kunne gjøre det mulig for ham å klare å holde sigaretten sin selv og på den måten også begrense helserisikoen for de ansatte.

Saken endte med at Regeringsrätten stadfestet kammarrättens avgjørelse. Pasienten fikk derfor ikke medhold i retten til hjelp til å røyke så ofte han ville, og det ble lagt til grunn at det må gå en grense for hvor langt man kan forvente å få et likeverdig liv når man faktisk er avhengig av andres hjelp. Regeringsrätten godtok imidlertid den kompromissløsning som sosialnämnden hadde fattet i sitt vedtak, hvilket heller ikke var bestridt.

Det kan tilføyes at dommen ble avsagt før innføringen av det sterkere arbeidstakervernet i nåværende svenske røykelov, og at domstolene fort kunne ha begrunnet avgjørelsen annerledes dersom saken hadde kommet for retten i dag. Selv om saken har begrenset rettskildemessig overføringsverdi, tjener saken som et eksempel på den avveiningen som en domstol kan bli tvunget til å gjøre når slike interesse motsetninger oppstår som følge av det offentliges dobbeltrolle.

3.2.3 Arbeidstakers rett til et røykfritt arbeidsmiljø i private hjem

a) Etter tobakksskadeloven

Arbeidstakere er etter norsk rett blant annet beskyttet mot røykfylt luft i tobakksskadeloven. I tobakksskadelovens § 1 står det at formålet med loven er å begrense helseskader som bruk av tobakk medfører. I § 6 (1) første punktum oppstilles en rett til røykfri luft for alle i lokaler hvor allmennheten har adgang.

Et privat hjem er ikke tilgjengelig for allmennheten, og kan heller ikke regnes for et felleslokale. Retten til røykfrihet gjelder derfor etter første punktum i utgangspunktet ikke i private hjem. Etter tobakksskadelovens § 6 (1) annet punktum følger det imidlertid at retten

til røykfri luft også gjelder for ansatte som oppholder seg i arbeidslokale hvor to eller flere personer er samlet, hvilket stort sett er situasjonen for ansatte som jobber i private hjem. Et arbeidslokale er etter vanlig språkbruk et sted hvor det utføres arbeid.¹⁴⁴ Ordlyden kan derfor tilsi at arbeidstakere i private hjem har krav på røykfrihet fordi tjenestemottakers hjem i disse tilfelle også må anses som arbeidstakers arbeidslokale.

I forarbeidene til tobakkskadelovens § 6 fremgår det imidlertid at private hjem faller utenfor lovens vern. Det heter her at "[l]ovbestemmelsen regulerer ikke røyking i private hjem. Det kan synes inkonsekvent siden undersøkelser viser at det først og fremst er ektefelle og barn som utsettes for skadevirkninger ved passiv røyking. Allikevel har en ikke villet gripe inn på privatlivets område. Det er å håpe at når røykfri inneluft blir normen ellers i samfunnet, vil dette smitte over til hjemmene. Det er mulig at man i framtiden bør overveie å styrke rettsvernet for barn, allergikere og andre familiemedlemmer som plages av røyking i hjemmene".¹⁴⁵ Det er bare familiemedlemmer som blir nevnt i forarbeidene. Når det gjelder utenforstående slik som ansatte i hjemmetjenesten, må det avgjørende nettopp være om allmennheten har adgang til, og /eller om hjemmet er å anse som et arbeidslokale.¹⁴⁶

Lovens systematikk kan tilsi at det er tvilsomt om et privat hjem kan anses som arbeidslokale i tobakkskadelovens forstand. I tobakkskadelovens § 6 (1) tredje punktum er det gjort unntak fra retten til røykfri luft på arbeidsplassen når det gjelder beboelsesrom på institusjoner. Unntaket er i forarbeidene begrunnet i at personer i institusjon skal ha samme rettigheter som andre i private hjem når det gjelder hvorvidt de ønsker å bruke tobakk.¹⁴⁷ Institusjonsbeboere skal ikke måtte søke om tillatelse til å røyke. Det kan derfor se ut til at lovgiver forutsetter at den enkelte har rett til å røyke i sitt private hjem uten å

¹⁴⁴ Kjønstad (2004b) s. 219.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 27 (1987-1988) s. 25.

¹⁴⁶ Kjønstad (2004b) s. 218.

¹⁴⁷ Ot.prp nr 69(1993-1994) kapittel 9 s. 34.

drøfte spørsmålet nærmere. Så lenge røykingen ikke har virkning overfor andre enn en selv, skaper en slik rett heller ingen problemer.

Spørsmålet blir så om saken stiller seg annerledes når tjenestemottaker er avhengig av hjelp fra hjemmetjenesten i sitt private hjem.

Formålet etter tobakksskadelovens § 1 er som sagt å begrense de helseskader som bruk av tobakk medfører. Passiv røyking er allment kjent som helseskadelig.¹⁴⁸ Tobakksskadelovens formål taler således for at loven også bør få anvendelse i private hjem når de også fungerer som arbeidsplasser. Men verken i tobakksskadelovens § 6 eller i dens forarbeider er det direkte tatt stilling til situasjonen når arbeidstaker arbeider i andres private hjem. Når forarbeidene åpner for at institusjonsbeboere har rett til å røyke på sitt eget beboelsesrom, så innebærer ikke det nødvendigvis også en rett til å røyke mens de ansatte oppholder seg på rommet. Det kan derfor argumenteres for at retten til å røyke i private hjem kun bør gjelde så lenge arbeidstakere ikke er tilstede i hjemmet. Et slikt synspunkt kan også finne støtte i RÅ 1990 ref 44.

Det faktum at arbeidsgiver ikke har råderett over lokaler i private hjem, taler derimot i mot at ansatte i hjemmetjenesten er vernet av tobakksskadeloven den tiden de arbeider i private hjem.¹⁴⁹

Ut i fra det ovennevnte mener jeg at røykeloven kan gi hjemmel for rett til røykfrihet i private hjem. Lovgiver har ikke tatt stilling til situasjonen når hjemmet også fungerer som en arbeidsplass og spørsmålet er heller ikke avgjort i rettspraksis. Lovens formål blir derfor avgjørende. Jeg mener derfor at røykeloven også må kunne gi vern for ansatte i hjemmetjenesten.

¹⁴⁸ Helse og velferdsetatens nettsider: www.helse-og-velferdsetaten.oslo.kommune.no/folkehelse/samfunnshelse/folke... datert 01.11.2006.

¹⁴⁹ Kjønstad (2004b) s. 219.

b) Etter arbeidsmiljøloven

I henhold til arbeidsmiljøloven har arbeidstakere rett til et fullt forsvarlig inneklima ut fra hensyn til arbeidstakers helse, miljø, sikkerhet og velferd. Dette følger av arbeidsmiljølovens § 4-1 og § 4-4 (1). Hvis arbeidstaker eksponeres for passiv røyking utgjør dette både en trussel mot helsen og gir generelt dårligere velferd.¹⁵⁰

I dag anses retten til røykfri luft på arbeidsplassen som selvsagt, jfr. også innføringen av ”røykeloven.” Å måtte jobbe i et røykfyllt lokale kan derfor ikke være i tråd med den rettslige standarden om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.¹⁵¹

Det er arbeidsgiver som etter arbeidsmiljøloven har ansvar for at de ansatte sikres et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og dermed har plikt til å tilrettelegge arbeidet slik at de ansatte ikke blir plaget av røyk, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-1 og § 2-1. Da arbeidsmiljøloven gjelder for ansatte som arbeider i private hjem, mener jeg at de samme reglene også må gjelde for disse arbeidstakerne. Hensynet for like rettigheter for alle arbeidstakere taler for en slik løsning. Jeg mener derfor at arbeidsmiljøloven også gir arbeidstaker rett til røykfri luft i private hjem.

c) Etter menneskerettighetene

Det kan stilles spørsmål om retten til røykfri luft ikke bare kan utledes av nasjonal lovgivning, men også kan sis å være en menneskerettighet.

I ØSK artikkel 7 bokstav b står det at konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til rettferdige og gode arbeidsvilkår som særlig sikrer trygge og sunne arbeidsforhold. Videre heter det i ØSK artikkel 12 (1) at konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til den

¹⁵⁰ Norges Astma og Allergiforbunds hjemmeside; www.innemiljo.com.

¹⁵¹ Kjønnstad (2004b) s. 220.

høyest oppnåelige helsetilstand både fysisk og psykisk, og etter artikkel 12(2) bokstav c at tiltak for å virkeliggjøre denne rettighet blant annet omfatter tiltak som er nødvendig for å forebygge yrkesmessige og andre sykdommer. Retten til et røykfritt arbeidsmiljø er nettopp et tiltak for forebygge yrkesmessig sykdom.

Videre står det i Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (2000/C364/01) artikkel 35 om ”sundhedsbeskyttelse” at det blant annet ”skal sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Unionens politikker og aktiviteter.” En rett til røykfri luft sikrer den enkeltes helse og gir også generell helsebeskyttelse. Dette taler for at retten til røykfri luft må anses som en grunnleggende rettighet.¹⁵²

I henhold til det ovennevnte er retten til helse og beskyttelse av arbeidsmiljøet beskyttet av menneskerettighetene. I juridisk teori har Asbjørn Kjønstad også tatt til orde for at retten til helse er en av de mest grunnleggende rettighetene, og at tobakksrøyking er en av de mest helseskadelige enkeltfaktorene når det gjelder å utvikle alvorlig sykdom.¹⁵³ Jeg mener derfor at menneskerettighetene på generelt grunnlag også gir rett til et røykfritt arbeidsmiljø.

3.2.4 Konflikten mellom arbeidstakers rett til et røykfritt arbeidsmiljø og tjenestemottakers rett til å røyke i eget hjem

Arbeidstakers rett til et røykfritt arbeidsmiljø kan komme til å krenke tjenestemottakers rettigheter i eget hjem. Arbeidsplassen er som nevnt et privat hjem hvor den enkelte tjenestemottaker har selvråderett og rett til privatliv. Den herskende forestilling i vårt samfunn er at den enkelte kan bestemme hva man vil innenfor husets fire vegger.¹⁵⁴

¹⁵² Lignede rettighetsdefinisjoner fremgår også av Den europeiske sosialpakt, artikkel 11. Sosialpakten er imidlertid ikke med i oppregningen av de konvensjoner som gjelder som norsk lov.

¹⁵³ Kjønstad (2004a) s. 195.

¹⁵⁴ Innen lovens grenser, vel å merke.

Tjenestemottakers rettigheter følger blant annet av SP artikkel 1 nr. 1 og artikkel nr. 17(1), ØSK artikkel 1 nr. 1 og EMK artikkel 8 som fastslår at beskyttelse av privatlivets fred og retten til selvbestemmelse er grunnleggende verdier. De grunnleggende verdier om beskyttelse av privatliv og rett til selvbestemmelse taler i utgangspunktet for at tjenestemottaker har rett til å bestemme om røyking skal være tillat på egen eiendom.

Arbeidstakers har på den annen side rett til et forsvarlig arbeidsmiljø, herunder rett til røykfritt arbeidsmiljø, jfr. Del III, punkt 3.2.3. Kommunen er som arbeidsgiver forpliktet til å ivareta disse rettighetene, jfr arbeidsmiljølovens § 2-1. Det kan således stilles spørsmål om tjenestemottakers rettigheter må begrenses dersom de kommer i konflikt med arbeidstakers rettigheter i situasjoner hvor tjenestemottaker trenger hjelp fra hjemmetjenesten.

Et sentralt spørsmål i så måte er hvor inngripende kravet om røykfrihet er overfor tjenestemottaker.¹⁵⁵ Et krav om totalt røykfrie hjem vil antageligvis være uforholdsmessig inngripende og kan derfor ikke aksepteres. Hjemmetjenesten er vanligvis bare innom hver enkelt tjenestemottaker noen få timer i løpet av døgnet. Videre vil et pålegg om røykfrihet også representere et inngrep overfor eventuelle øvrige familiemedlemmers rettigheter. På den annen side vil et krav om røykfrihet den tiden de ansatte oppholder seg hos tjenestemottaker, eller krav om røykfrie rom hvor arbeidstaker skal oppholde seg, lettere kunne anses som forholdsmessig. Vanligvis vil de fleste mennesker klare seg uten røyk den tiden de ansatte er hos vedkommende. Røykere gjennomfører for eksempel lange flyreiser på opptil flere timer uten å kunne ta seg en røyk. Dette taler derfor for at det ikke anses som uforholdsmessig å kreve at tjenestemottaker unnlater å røyke den tiden de ansatte befinner seg i tjenestemottakers private hjem. Forholdsmessighetsbetraktninger kan derfor tilsi en

¹⁵⁵ Kommunens mulighet for å stille vilkår overfor tjenestemottaker vil eventuelt måtte utledes av den ulovfestede vilkårlæren. Dette ligger imidlertid utenfor oppgavens problemstilling og jeg henviser derfor til videre lesing i Kjellevold (1995) og Graver (2002).

rett til å begrense tjenestemottakers rettighet til å røyke i eget hjem i den grad det er saklig og nødvendig.

Det er for så vidt også av relevans og se hen til at tjenestemottaker som arbeidsgiver selv ville ha vært nødt til å sikre sine ansatte fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jfr. Forskrift om husarbeid, tilsyn og pleie i privat arbeidsgivers hjem eller hushold.¹⁵⁶ Den rettslige standarden når det gjelder fullt forsvarlig arbeidsmiljø må som nevnt antas å være den samme både i arbeidsmiljøloven og forskriften.

Det presiseres at selv om ovennevnte konfliktsituasjon i høyeste grad berør arbeidstaker i praksis, så er konflikten rettslig sett en konflikt mellom kommunen som tjenesteyter og dens tjenestemottakere. Arbeidstaker har en medvirknings- og lojalitetsplikt overfor kommunen som arbeidsgiver, men dette forutsetter at arbeidstakers rettigheter ivaretas gjennom de foreslåtte løsningene. Arbeidstakere i hjemmetjenesten skal ikke være nødt til å finne seg i dårligere vern enn andre arbeidstakere. Tjenestemottaker må derfor antageligvis finne seg i innskrenkninger i sin personlige frihet i den tiden han mottar hjelp fra hjemmetjenesten. Alternativt må løsningen formodentlig være at kommunen gir hjelp på andre måter som for eksempel i institusjon eller i omsorgsboliger hvor hensynet til de ansatte også kan ivaretas.

3.3 Tekniske hjelpemidler og ommøbleringer

3.3.1 Arbeidstakers behov for tekniske hjelpemidler og ommøbleringer

Det er arbeidsgiver som er ansvarlig for å tilrettelegge arbeidet for sine ansatte, jfr. arbeidsmiljølovens § 2-1. For å tilfredsstille kravene til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø vil arbeidstakere i hjemmetjenesten kunne ha behov for tilrettelegging av det fysiske

¹⁵⁶ FOR-2002-07-05-716

arbeidsmiljøet i tjenestemottakers private hjem. I hjemmetjenesten kan nødvendige hjelpemidler for å unngå tunge løfte for eksempel være en elektrisk seng som kan heves og senkes og/eller en personløfter (heis). Andre behov/ønsker kan være ommøblering eller fjerning av møbler slik at arbeidet blir enklere å utføre.

Arbeidstakers krav til fullt forsvarlig arbeidsmiljø er presisert arbeidsmiljølovens § 4-4 (2) hvor det står at nødvendige hjelpemidler skal stilles til arbeidstakers disposisjon.

Arbeidsgiver har imidlertid som følge av manglende råderett i private hjem, av og til problemer med å legge arbeidsforholdene til rette for sine ansatte fordi tjenestemottaker ikke alltid er interessert i å foreta de nødvendige tilpasninger.

3.3.2 Konflikten mellom arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge arbeidsmiljøet og tjenestemottakers rett til selvbestemmelse i eget hjem

Ettersom arbeidsgiver er forpliktet til å tilrettelegge arbeidsmiljøet for arbeidstaker, er ovennevnte konflikt rettslig sett en tvist mellom tjenesteyter(arbeidsgiver) og tjenestemottaker. I praksis viser det seg imidlertid at denne konflikten i stor grad kan påvirke arbeidstakernes arbeidssituasjon.

Ved behov for tilrettelegging i tjenestemottakers hjem, bør slik tilrettelegging så langt som mulig gjøres i samråd med tjenestemottaker. Dersom det skulle oppstå en konflikt mellom arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge arbeidsmiljøet og tjenestemottakers rett til selvbestemmelse i eget hjem, bør også dette søkes løst gjennom en dialog.

For kommunen er det viktig å tenke gjennom kravene som stilles og sørge for at de er rimelige og fornuftige. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at det må være samsvar mellom målet om fullt forsvarlig arbeidsmiljø og de midler som brukes for å nå dette målet. Det må med andre ord være samsvar mellom behovet for arbeidsmiljøtiltak og hvilke tiltak som faktisk kreves, sett i sammenheng med hvor inngripende tiltakene må anses for å være når det gjelder tjenestemottakers rett til selvbestemmelse, hjem og privatliv. Tilrettelegging må med andre ord ikke være mer inngripende enn nødvendig og tilretteleggingen må være saklig begrunnet. Arbeidsgiver kan for eksempel ikke kreve større ombygningsarbeider for

å gjøre døren bred nok til at man kan trille igjennom med en sykehusseng. Forflytning av tjenestemottaker må således kunne utføres ved hjelp av andre hjelpemidler som ikke forutsetter større ombygningsarbeider. Det er dessuten mindre inngripende å ha to sykehussenger, en i hvert rom, fremfor å måtte foreta ombygningsarbeider.

Helsedirektoratet har i denne forbindelse uttalt i brev til Fylkeslegen i Finnmark den 23. desember 1988:

”Tiltak som bytte av privat seng med sykehusseng, mindre ommøbleringer, lufting mv. mener vi pasienten i rimelig utstrekning må finne seg i, når de er faglig begrunnet. Ofte vil jo slike tiltak ikke bare ha verdi ut fra hensynet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for hjemmesykepleien, men også få positiv virkning for pasientens helse. Vedrørende kommunehelsetjenestelovens § 2-1 ”Rett til helsehjelp” er det i Ot.prp.nr. 66 (81-82) sagt at ”hjelpplikten vil være begrenset til det som økonomi, tilgang på helsepersonell og utstyr gjør mulig.” Helsedirektoratet tolker denne bestemmelsen slik at retten til helsehjelp i utgangspunktet er betinget av at hjelpen kan ytes med de hjelpemidler og innen de rammer arbeidsmiljøloven forutsetter....Dersom arbeidsmiljølovens forsvarlighetsstandard ikke oppfylles i forhold til hjemmesykepleien, vil plikten til å yte helsehjelp kunne modifiseres eller endres, noe fylkeslegen er inne på. Nekter pasienten f.eks å bytte til sykehusseng, vil han eller hun kunne kreve den sykepleie som kan foretas uten sannsynlige negative følger for pleiepersonalets helse og velferd.”¹⁵⁷

Den fysiske tilretteleggingen må som sagt være forholdsmessig. Ikke ethvert inngrep kan iverksettes selv om det kunne gjøre arbeidstakers situasjon enklere eller bedre. Rengjøringen ville for eksempel gått raskere dersom tjenestemottaker hadde mindre pynt og færre møbler som måtte flyttes i forbindelse med rengjøring. Det å måtte fjerne pyntegjenstander vil imidlertid lett kunne anses for å være et uforholdsmessig inngrep i den enkeltes selvråderett i eget hjem. I utgangspunktet må tjenestemottaker selv få bestemme

¹⁵⁷ Vesterager (2001), vedlegg 8, s. 123-124.

møblering og innredning av sitt hjem. Dersom møblene er så tunge at arbeidstaker ikke klarer å løfte dem, må man vurdere om arbeidstaker isteden skal vaske rundt disse møblene. Det kan ikke forlanges at arbeidstaker skal løfte rundt på tunge møbler hvis dette utgjør en helserisiko for den enkelte arbeidstaker. Tjenestemottaker må i slike tilfeller akseptere at det ikke vil bli like grundig rengjort fordi arbeidsplikten må modifiseres ut i fra hvordan arbeidsplassen er tilrettelagt.

Det er ikke alltid mulig å finne løsninger gjennom en dialog. Jeg har selv opplevd en situasjon hvor en pasient og hans ektefelle motsatte seg de fleste forslag om arbeidsmiljøtilpasninger i hjemmet. Tjenestemottakers ektefelle var en estetiker og svært opptatt av å ha et representativt hjem. Diverse hjelpemidler som personløfter, sykehusseng, fjerning av terskler og lignende ”passet” ikke inn i deres hjem og hun ønsket derfor ikke slike tilpasninger. Tjenestemottakers pårørende nektet blant annet å sette inn en ny seng som ville lette arbeidsforholdene. Arbeidstakerne måtte derfor forflytte pasienten fra stol til seng ved å løfte ham under armene og krabbe opp i en lav dobbelseng for å løfte ham på plass i sengen. Etter at de uheldige arbeidsforholdene hadde pågått over flere år og medført flere sykemeldinger, stengte verneombudet hjemmet som arbeidsplass samtidig som kommunen tilbød plass på sykehjem. Tjenestemottaker aksepterte da de nødvendige hjelpemidlene i huset.

Eksempelet synliggjør at gode forsetter om ”dialog” mellom kommunen, tjenestemottaker og arbeidstakerne ikke alltid viser seg å være praktisk mulig. Det er arbeidstakernes rettigheter som settes til side dersom kommunen ikke klarer å tilrettelegge gjennom dialog med tjenestemottaker. Det er derfor viktig at kommunen så fremt mulig innleder og avslutter dialogen allerede i forkant av tjenesteytingens start.

Kommunen er forpliktet til å tilby praktisk bistand og helsehjelp til sine innbyggere. På hvilken måte hjelpen skal tilbys er imidlertid opp til kommunen å avgjøre. Eksempelet ovenfor viser at kommunen ikke kan tilby hjelp i private hjem hvis arbeidstakers rett til fullt forsvarlig arbeidsmiljø ikke kan ivaretas. Konsekvensen for tjenestemottaker ved å

velge å ikke tilrettelegge hjemmet for kommunens arbeidstakere, var at hjelpen ble stanset. Forholdsmessighetsbetraktninger tilsier imidlertid varsomhet med et så drastisk tiltak som å stanse eller holde hjelpen helt tilbake. Modifisering av hjelpetilbudet kan for eksempel være et mindre inngripende tiltak, men tjenestemottaker risikerer dermed et mindre optimalt tjenestetilbud.

Dersom konflikten blir satt på spissen, må tjenestemottaker og dennes familie foreta en interesseavveining. Enten må man akseptere de krav som kommunen må stille for å ivareta arbeidstakers rett til fullt forsvarlig arbeidsmiljø eller så må man godta et helt annet tilbud.

3.4 Uhygieniske forhold

3.4.1 Innledning

Standarden for hvordan mennesker ønsker å leve når det gjelder behov for ryddighet og renslighet, kan være svært ulik. I private hjem står man vanligvis fritt til å innordne standarden for renslighet etter egne preferanser. Saken kan imidlertid stille seg annerledes når hjemmet også er å anse som en arbeidsplass.

Problemet i hjemmetjenesten er at enkelte tjenestemottakere har det svært skittent og urenslig. I slike tilfeller må det gå en grense for hva hjemmetjenestens ansatte skal måtte tåle og hva som faktisk ligger innenfor deres arbeidsoppgaver, jfr. kravet om fullt forsvarlig arbeidsmiljø i arbeidsmiljølovens § 4-1. Enkelte hjem er så forsøplet at det både er skadedyr, ekskrementer og søppel flytende rundt, også der de ansatte oppholder seg. Noen få tjenestemottakere nekter å kaste ting, uansett om det er bedervet mat, ødelagte ting eller annet skrot. For at arbeidstaker skal kunne gi hjelp til rengjøring i slike hjem må det derfor først foretas en totalrengjøring og eventuelt også smittesanering. Arbeidstaker må innen rimelighetens grenser ha krav på en visst minimum av hygieniske arbeidsforhold når arbeidet ikke i seg selv består av å utføre hovedrengjøring og smittesanering.

3.4.2 Arbeidsgivers plikt til å sikre et fullt forsvarlig hygienisk arbeidsmiljø for sine ansatte contra tjenestemottakers rett til selvbestemmelse

Det kan oppstå konflikter mellom arbeidsgivers plikt til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø og tjenesteyters rett til selvbestemmelse også når det gjelder hygieniske forhold. Jeg vil i det følgende illustrer konfliktsituasjonen gjennom to lagmannsrettsavgjørelser RG 1997 s. 722 og LB-2007-183830.

Det første eksemplet på en konflikt knyttet til hygiene er Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse inntatt i RG 1997 s. 722. Saken gjaldt spørsmålet om universitetet hadde rett til å nekte en student adgang til universitetsområdet og om studentens rett til å avlegge eksamen. Universitetet fikk medhold i at det var adgang til å nekte studenten å møte opp på eksamen på grunn av hans ekstreme mangel på personlige hygiene og manglende påkledning. Dette ble regnet for å være til vesentlig belastning for universitetets ansatte og studenter. Universitetet anførte at ved opptak som student har man akseptert de alminnelige samværsnormer som følger av at mange folk studerer og avlegger eksamen tett på hverandre. Lagmannsretten kom fram til at det ikke ville være for byrdefullt for studenten å bringe seg i en forfatning som ikke var til vesentlig sjenanse for andre.

Forholdsmessighetsbetraktninger tilsa imidlertid at studenten kun ble nektet adgang så lenge vedkommende møtte illeluktende og kledd i filler. Nektelse av å avlegge eksamen skulle derfor ikke få større konsekvenser enn strengt nødvendig.

Den andre illustrasjonen av konfliktsituasjonen er Borgarting lagmannsretts kjennelse LB-2007-183830.¹⁵⁸ Saken gjaldt den samme personen som noen år senere ble innlagt sykehjem. Det oppsto også her spørsmål knyttet til personens hygiene, nærmere bestemt om personens plikt til å innrette seg etter de forhold som må eller bør gjelde på en

¹⁵⁸ Saken ble påkjært til Høyesteretts kjæremålsutvalg, som i kjennelse i mars 2008 (HR-2008-471-U) opphevet lagmannsrettens og byfogdembetets kjennelser på grunn av manglende kontradiksjon. Rettskildemessig er derfor dommen av mindre verdi. Lagmannsrettens argumentasjon kan allikevel ha generell interesse for tilsvarende problemstillinger i hjemmetjenesten.

institusjon, og hvilke krav institusjonen med rimelighet kan kreve. Fra sykehjemmets side ble det hevdet at det var en meget sjenerende lukt fra personens rom og flere ansatte vegret seg for å gå inn dit. Den plagsomme lukten sev ut i korridoren og plaget også andre beboere og deres pårørende. Det ble ut fra hensynet til smittevern og arbeidsmiljøet på sykehjemmet truffet beslutning om å vaske, rense sårene og bandasjere pasienten i strid med personens vilje og tross motstand. Vedkommende krevde derfor midlertidig forføyning for å få stanset stell og pleie uten hans samtykke. Oslo byfogdembete fant at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var tilstede, og saken ble påkjært til Borgarting lagmannsrett.

For lagmannsretten anførte kommunen at ”Kommunehelsetjenesteloven § 1-3 jfr. § 2-1 pålegger kommunen å yte innbyggerne helsehjelp. Ved utformingen av konkret helsehjelp skal pasientens ønsker vurderes mot andre relevante hensyn. I prinsippet kan pasienten avslå et tilbudt helsehjelpstilbud, men vedkommende kan ikke selv fastsette tjenestens innhold.” Subsidiært anførte kommunen at de hadde ”den hjemmel det her er tale om så lenge A oppholder seg på sykehjemmet...A må forholde seg til sykehjemmets minstekrav når det gjelder ro, orden, hygiene osv., av hensyn til øvrige beboere, pårørende og personalet.” Videre pekte kommunen på at ”Hensynet til de ansatte, øvrige beboere, driften av sykehjemmet, smittevern og hensynet til As egen helse, tilsier at en beslutning om midlertidig forføyning er uforholdsmessig, jfr. tvangsloven § 15-2 (2).”

Lagmannsrettens flertall uttalte at det rettslige utgangspunkt må være at ”A har krav på at kommunen avstår fra et helsestell som A klargjør at han ikke vil ha, jfr. pasientrettighetsloven § 4-1 første punktum.¹⁵⁹ Dette utgangspunkt må gjelde enhver av de praktiske former for helsestell som tilbys A, både vasking, sårbehandling og annet”. Lagmannsretten fant at det i saken verken var grunnlag for tvangstiltak etter smittevernloven eller rom for nødrettslignende betraktninger for å gjennomføre stell i henhold til helsepersonelloven § 7.

¹⁵⁹ Mindretallet i lagmannsretten mente også at byfogdembetets kjennelse måtte oppheves, men da på bakgrunn av saksbehandlingsfeil.

Hva angikk arbeidsmiljøet uttalte lagmannsrettens flertall at ”Det er ikke tvil om at As uvilje og motstand mot helsestellet ved X Sykehjem har resultert i til dels betydelige problemer både av arbeidsmiljømessig og av helsemessig karakter. Så vel personellet, andre beboere og besøkende er skadelidende”. Det ble også uttalt at ”Hensynet til disse [les personellet, beboere mfl] kan imidlertid neppe gi et tilstrekkelig ”annet rettsgrunnlag” for å tvinge gjennom et helsestell av A, slik byfogdembetet har lagt til grunn, jf, pasientrettighetsloven § 4-1 første ledd første punktum”.¹⁶⁰ Saken gjaldt imidlertid ikke en arbeidsrettslig problemstilling, og det ble ikke tatt stilling til om det var uforsvarlig for de ansatte å arbeide på sykehjemmet som følge av personens hygiene.

Det er interessant å merke seg at arbeidsmiljøhensyn og hensynet til øvrige studenter synes å ha blitt akseptert som grunn til å nekte vedkommende å ta eksamen, men at hensynet til de ansatte på sykehjemmet, øvrige beboere og deres besøkende ikke ble ansett som tilstrekkelig grunn til å kreve et visst minimum av hygiene for å bo på institusjon. Det understrekes imidlertid at det er vesentlige forskjeller både hva angår faktum og juss. Ikke minst at den første saken, i motsetning til den andre, ikke gjelder et tvangsinngrep.

Det er også viktig å understreke at resultatet i sakene ikke er avgjørende for arbeidstakers rettigheter overfor sin arbeidsgiver. I prinsippet kunne man derfor tenkt seg at arbeidstaker i en arbeidstvist med sin arbeidsgiver ville nådd frem med en argumentasjon om at arbeidsmiljøet ikke var fullt forsvarlig, selv om det hadde foreligget en rettskraftig kjennelse om at arbeidsgiver ikke hadde adgang til å tilrettelegge gjennom å stille minimumskrav til beboernes hygiene.

Hvorvidt arbeidsmiljøet i slike konfliktsituasjoner er fullt forsvarlig eller ikke, vil i praksis også avhenge av graden av tilrettelegging. Det er for eksempel mulig at tilrettelegge gjennom bruk av munnbind, hansker, stellefrakk eller annet verneutstyr for å beskytte

¹⁶⁰ LB-2007-183830 Flertallets votum

arbeidstakerne. På den annen side vil det være svært upraktisk hvis man må bruke munnbind og lignende hele dagen, også når man ikke har direkte kontakt med bare den ene pasienten. Et annet mulig alternativ kan derfor være å isolere personen fra resten av sykehjemmet eller tilby hjelp på et mer egnet sted hvor han ikke vil være til sjenanse for andre beboere.

Ovennevnte synliggjør at det er begrensninger i kommunens adgang til å gjøre inngrep i tjenestemottakers hjem, også når det gjelder hygiene. Dette gjelder ikke minst de tilfellene hvor det er snakk om å gjøre tvangsinngrep overfor tjenestemottaker. Dette innebærer på den annen side ikke at arbeidstakerne må akseptere forholdene slik som de er, hvis forholdene må anses for å være uforsvarlige eller til sterk sjenanse for de ansatte, og dermed utgjør et brudd på arbeidsmiljølovens regler.

4 Utvalgte problemsituasjoner vedrørende diskriminering

4.1 Innledning

Ansatte som arbeider i private hjem risikerer oppleve diskriminering først og fremst på grunnlag av kjønn, etnisitet, nasjonal opprinnelse og språk. Av praktiske grunner vil jeg i det følgende behandle diskrimineringsgrunnlagene kjønn og etnisitet m.fl. i henholdsvis likestillingsloven og diskrimineringsloven hver for seg. Det betyr imidlertid ikke at det ikke kan forekomme tilfeller av dobbeldiskriminering, hvor for eksempel en arbeidstaker som er mann og av afrikansk opprinnelse nektes å yte hjelp overfor en tjenestemottaker.

4.2 Diskriminering pga kjønn

Diskriminering på grunnlag av kjønn kan illustreres ved den praktiske situasjon hvor en eldre kvinnelige tjenestemottakere vegrer seg for, og/eller nekter, å ta i mot hjelp av mannlig ansatte når det gjelder dusj eller annet intimstell. I praksis viser det seg faktisk at også menn ofte foretrekker å bli stelt av kvinner.¹⁶¹ Årsaken til dette kan være sammensatt. Bluferdighet og tradisjonelle oppfatninger av hva som er kvinnelige og mannlige arbeidsoppgaver kan være en forklaring. Både menn og kvinner er vant til at det er kvinner som vanligvis steller mann og barn. Det har dessuten i alle tider vært flest kvinner i pleieyrket.

Etter min erfaring er diskriminering av mannlige pleiere et noe større problem i hjemmetjenesten enn hva tilfellet vanligvis er på sykehus eller andre helseinstitusjoner, selv om det også her forekommer at pasientene er skeptiske til mannlige pleiere.¹⁶² Når pasientene i større grad godtar mannlige pleiere på institusjon kan dette kanskje ha sammenheng med at pasienter tilpasser seg livet på en institusjon og av den grunn lettere aksepterer forhold som de i mindre grad aksepterer i sitt eget hjem.¹⁶³ Omgivelsene på et sykehus eller andre helseinstitusjoner kan også fremstå som mer autoritære og de ansatte er vanligvis kledd i uniformer. I hjemmetjenesten arbeider de fleste i sivilt tøy, hvilket ikke i samme grad er egnet til å skape den nødvendige distanse mellom pleier og pasient i intime situasjoner.

Spørsmålet er så om mannlige arbeidstakere er utsatt for direkte diskriminering når tjenestemottaker nekter mannlige pleiere i intimstell og lignende.

¹⁶¹ Se Watne (2007).

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Med det mener jeg at pasienten tar opp i seg de normer som gjelder på helseinstitusjonen samtidig som vedkommende blir en mer passiv mottager av hjelp. Når pasienter mister en del av sin frihet og kontroll søker mange isteden godvilje fra de ansatte.

Vilkårene knyttet til diskriminering er drøftet tidligere i del II, punkt 7.5. Det er for det første et krav om *årsakssammenheng* mellom diskrimineringsgrunnlaget og den dårlige behandlingen vedkommende er blitt utsatt for. Med andre ord må det være klart at de foreligger direkte årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget ”kjønn” og tjenestemottakers nektelse av mannlige pleiere til intimstell. Dette vilkåret må imidlertid anses å være oppfylt i dette tilfellet.

For det andre er det et krav at arbeidstaker på grunn av nektelsen *havner i en mindre gunstig posisjon* enn sine kvinnelige kollegaer. Kriteriet i likestillingslovens § 3 (2) nr 1 er at handlingen stiller kvinner og menn ”ulikt”. Når mannlige pleiere ikke får lov til å utføre de arbeidsoppgaver som hører inn under den vanlige yrkesutøvelsen må det være klart at vedkommende blir stilt ulikt og dårligere enn sine kvinnelige kollegaer.

Det tredje vilkåret er at nektelsen av mannlige pleiere ikke er *tillatt* direkte forskjellsbehandling. Direkte diskriminering er i utgangspunktet ikke tillatt, jfr likestillingslovens § 3. Hvis direkte diskriminering allikevel skal være tillatt må det søkes hjemmel i det ulovfestede saklighetsprinsippet, jfr del II, punkt 7.6.

Klagenemnda for likestilling har i sak nr. 2003/08 uttalt følgende om det ulovfestede saklighetsprinsippet: ”Det er lang praksis for at forskjellsbehandling kan være tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, hvor det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Selv om det altså eksisterer en slik ulovfestet unntaksregel, er det på det rene at det skal mye til å fravike loven basert på slike ulovfestede prinsipper”.¹⁶⁴

I vurderingen av om det ulovfestede saklighetsprinsippet kan komme til anvendelse, blir det første spørsmålet om nektelse av mannlige pleiere på grunn av bluferdighet er å anse som et saklig formål.

¹⁶⁴ Se også Klagenemnda for likestilling sin sak nr 2003/9 og Likestillings- og Diskrimineringsnemndas sak nr. 2006/16 og sak nr. 2006/24.

Hvorvidt forskjellsbehandling skal godtas av hensyn til bluferdigheten, anstendigheten eller ønsket om å være uforstyrret er en skjønnsmessig vurdering. I forarbeidene er det uttalt: ”Et utgangspunkt her kan tas i at kjønnene etter vanlig oppfatning i visse situasjoner har ønske om og krav på å være atskilt”.¹⁶⁵ Det presiseres allikevel at det skal særskilte grunner til før forskjellsbehandling på grunn av bluferdighet gir grunn til å fravike lovens absolutte formulering.

Antageligvis vil forskjellsbehandlingen være saklig hvis mannlige arbeidstakere må ta intimstellet på mannlige tjenestemottakere, og de kvinnelige pleierne må ta intimstellet på de kvinnelige tjenestemottakerne. På den annen side vil dagens helsevesen, med et overveiende flertall kvinnelig ansatte, gjøre en slik praksis vanskelig.

Det er ikke så urimelig at enkelte tjenestemottakere foretrekker kvinnelige pleiere til intimstell. Enkelte eldre damer har aldri vist seg nakne for en mann og opplever derfor situasjonen som krenkende. Det kan taler for at bluferdighets- og anstendighetshensyn bør anses som en saklig grunn til å forskjellsbehandle.

Det andre spørsmålet i vurderingen av om den ulovfestede saklighetsprinsippet kan komme til anvendelse, er om nektelsen er egnet og nødvendig for at tjenestemottaker skal bevare sin egen personlige integritet.

Intimstell må kunne sies å berøre kjernen i den personlige integritet og verdighet. Det vil videre være vanskelig å finne andre måter å ivareta tjenestemottakers anstendighet når bluferdigheten relaterer seg til det motsatte kjønn. Nektelse av mannlige pleiere til intimstell må derfor antas å være både egnet og nødvendig for å ivareta tjenestemottakers personlige integritet.

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) s. 31.

Det tredje spørsmålet er imidlertid om nektelsen er forholdsmessig når det gjelder å bevare tjenestemottakers personlige integritet og verdighet vurdert opp mot arbeidstakers rett til ikke å bli diskriminert på grunnlag av kjønn.

I hjemmetjenesten er det vanligvis et stort tidspress, jfr. funn fra Arbeidstilsynets tilsynsrunde.¹⁶⁶ I tilfeller hvor tjenestemottaker nekter å ta i mot hjelp til stell av mannlige ansatte, vil den mannlige arbeidstakeren isteden bli henvist til andre arbeidsoppgaver. De mannlige arbeidstakerne blir derfor ikke gående uten andre arbeidsoppgaver. Det ville i så fall ha vært en mer inngripende konsekvens av forskjellsbehandlingen.

Det å bistå i dusjsituasjon regnes ofte som en slitsom og litt ”upopulær” arbeidsoppgave fordi det vanligvis er både svært varmt og klamt. Arbeidstaker er i tillegg til sin egen fulle påkledning ofte nødt for å ha på seg både gummistøvler og plastforkle for å selv unngå å bli våt. Det er derfor ikke rapportert om noe stort problem for de mannlige arbeidstakerne at enkelte tjenestemottakere vegrer seg mot å ta i mot deres hjelp.

Hensynet til organisering av hjemmetjenesten kan tale mot at tjenestemottaker skal kunne nekte å ta imot hjelp fra pleiere ut i fra kjønn. Hvis mannlige pasienter skulle kreve hjelp fra kun mannlige arbeidstakere, vil det kunne by på problemer i og med at det er relativt få mannlige ansatte i hjemmetjenesten. Det vil også kunne skape ekstra utfordringer til planlegging og organisering av hjemmetjenesten. Allikevel er nektelse av mannlige pleiere i intimstell antageligvis ikke noe stort problem fordi det er relativt få mannlige pleiere i hjemmetjenesten og i helsesektoren generelt.¹⁶⁷

Rimelighetsbetraktninger tilsier at tjenestemottaker i så private gjøremål som intimstell, må få det avgjørende ordet. Samfunnets bluferdighets- og anstendighetssyn er imidlertid i ferd

¹⁶⁶ Utaaker (2007).

¹⁶⁷ Statistisk sentralbyrå: Aktuell utdanningsstatistikk nr 8/2001, Antall fullførte utdanninger, etter kjønn, studieåret 1999/2000 – hvor andelen kvinner var på 89,7 %.

med å endre seg, og kanskje særlig hos yngre generasjoner. Det kan tale for at en rett til tillatt diskriminering på grunnlag av kjønn vil bli innsnevret i årene fremover.

Et interessant poeng er videre at hvis diskriminering på grunn av kjønn ikke tillates, så er det tjenestemottaker som vanligvis må ta konsekvensen av sin egen diskriminering.

Tjenestemottaker risikerer å ikke få hjelp til dusj eller intimstell i det hele tatt, dersom vedkommende takker nei til kommunens eller de private omsorgsvirksomhetenes tilbud. Hvis diskriminering på grunn av kjønn derimot er tillatt, plikter arbeidsgiver å organisere og tilrettelegge forholdene slik at tjenestemottaker faktisk kun mottar tilbud fra kvinnelige pleiere når det gjelder hjelp til intimstell. Tjenestemottaker trenger dermed ikke akseptere at hun/han ikke får noe annet tilbud.

Likestillingsloven gjelder, som nevnt i Del II, punkt 7.6, på alle områder med unntak for indre forhold i trossamfunn. Imidlertid håndheves ikke reglene når det gjelder familieliv og rent personlige forhold, jfr. likestillingslovens § 2 (2).

Intimstell kan sies å være inkludert i hva som omfattes av personlig forhold. Dette indikerer muligens at spørsmålet om rett til å nekte mannlige pleiere ligger i grenseområdet for hva likestillingsloven tar sikte på å regulere. Det taler for at retten til personlig integritet og verdighet antageligvis må gå foran retten til ikke å bli diskriminert. Situasjonen er i hjemmetjenesten er ganske annerledes enn om det hadde vært en bedrift eller en kommune som diskriminerte en av sine ansatte.

Et argument mot å tillate diskriminering av mannlige ansatte på grunnlag av kjønn i slike tilfeller, er at de mannlige pleierne er ansatt på samme vilkår som sine kvinnelige kollegaer og at de derfor bør ha rett til å utføre de samme arbeidsoppgavene.

Statens forpliktelse etter kvinnekonvensjonens artikkel 5 a) om å bekjempe strukturell diskriminering på grunnlag av stereotype manns- og kvinneroller kan kanskje også brukes som et argument for at det ikke bør tillates å diskriminere på grunnlag av kjønn, selv ikke i

intimstell. Diskriminering av kvinnelige og mannlige arbeidstakere i stell og pleiesituasjon bygger gjerne på stereotype kjønnsforestillinger om hva som er definert som kvinne- og mannsarbeid.

Etter mitt syn må hensynet til tjenestemottaker rett til vern av personlig integritet og verdighet, herunder bluferdighet, veie tyngre enn hensynet til at arbeidstaker ikke utsettes for diskriminering på grunnlag av kjønn når det gjelder så private gjøremål som intimstell. Jeg mener derfor at mannlige pleiere ikke kan anses for å være utsatt for ulovlig direkte diskriminering når tjenestemottaker nekter mannlige pleiere i intimstell.

4.3 Diskriminering pga etnisitet¹⁶⁸

I Arbeidstilsynets kampanje ”Rett hjem” ble det rapportert at enkelte tjenestemottakere er skeptiske til å ta imot hjelp fra ansatte med minoritetsbakgrunn. Fremmedfrykt kan være en årsak til at enkelte tjenestemottakere synes det er skummelt å åpne hjemmet sitt for arbeidstakere med annen etnisk bakgrunn. Andre årsaker kan være problemer med å kommunisere med arbeidstakere med en annen etnisitet fordi de snakker dårlig norsk og fordi tjenestemottaker selv kanskje har nedsatt hørsel eller andre svekkelser som påvirker kommunikasjonsevnen.

Utgangspunktet i norsk rett er at arbeidstaker har rett til å ikke å bli diskriminert på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn, jfr diskrimineringslovens § 4 (1). Loven gjelder som sagt på alle samfunnsområder med unntak for familieforhold og private forhold, jfr. § 2 (1).

¹⁶⁸ Jeg bruker her ordet etnisitet som en fellesbetegnelse på alle diskrimineringsgrunnlagene i diskrimineringsloven.

De generelle vilkårene for å konstatere diskriminering er de samme som etter likestillingsloven, se del II, punkt 7.5.

Når nektelsen er begrunnet i fremmedkulturell bakgrunn, må det være klart at det er *årsakssammenheng* mellom diskrimineringsgrunnlaget og den dårlige behandlingen vedkommende er blitt utsatt for. Og når arbeidstaker ikke får lov til å utføre de arbeidsoppgaver som naturlig hører inn under yrket, så innebærer det at arbeidstaker blir behandlet dårligere enn sine etnisk norske kollegaer som tillates å utføre sine vanlige arbeidsoppgaver. Kravet om at arbeidstaker *havner i en mindre gunstig posisjon* enn andre må derfor også anses oppfylt. Det tredje kravet er så at nektelsen ikke er *tillatt* direkte eller indirekte forskjellsbehandling.

Spørsmålet blir derfor om nektelse av å ta imot hjelp fra ansatte med annen etnisk bakgrunn rammes av lovens unntaksbestemmelse for private forhold, slik at det kan anses som tillatt diskriminering.

I merknadene til diskrimineringslovens § 3 i Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) står det, som nevnt i del II, punkt 7.7, at unntaket for familieliv og personlige forhold må tolkes snevert. Med personlige forhold menes rent private anliggender. Forhold innenfor boligens fire vegger vil typisk være unntatt fra lovens virkeområde. Det kan derfor se ut til at diskriminering av arbeidstakere på grunnlag av etnisitet i private hjem kan være tillatt etter loven, så lenge forskjellsbehandlingen skjer innenfor boligens fire vegger. Imidlertid er det også presisert i forarbeidene at grensen for hva som anses som personlige forhold må trekkes på bakgrunn av en helhetsvurdering.¹⁶⁹

Når tjenestemottakers hjem også er en arbeidsplass er det grunn til å spørre om saken stiller seg annerledes. Ved å takke ja til hjemmetjenester har man valgt å stille sitt hjem åpent for kommunens og de private omsorgsvirksomhetenes ansatte. Hjemmet er derfor ikke like

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 204.

privat som før. Det kan ikke da i ettertid aksepteres at man skal skille mellom arbeidstakere på bakgrunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, hudfarge, avstamming, språk, religion eller livssyn.

Jeg mener derfor det må være klart at diskriminering av hjemmetjenestens ansatte på grunnlag av etnisitet ikke faller inn under lovens unntaksbestemmelse for private forhold.

I diskrimineringslovens § 4 (4) finnes imidlertid nok en unntaksbestemmelse. Det må derfor avklares om forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål”, samt at ”forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles”.

Første spørsmål blir således om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål.

Diskriminering av hjemmetjenestens arbeidstakere på grunnlag av etnisitet (nasjonal opprinnelse, hudfarge, avstamming, språk, religion eller livssyn) fordi vedkommende tjenestemottaker er engstelig og fordomsfull, kan ikke anses som et tilstrekkelig saklig grunnlag. Slike holdninger kan ofte være basert på stereotype oppfatninger om at mennesker med en annen etnisitet er kriminelle osv. Derimot kan saken kanskje stille seg annerledes hvis det er slik at tjenestemottaker ikke klarer å kommunisere med arbeidstaker på grunn av språkproblemer. Nedsatt hørsel og andre helseproblemer hos tjenestemottaker kan skape ekstra kommunikasjonsvansker. Forskjellsbehandling på et slikt grunnlag kan derfor i det konkrete tilfellet anses som saklig dersom dette er nødvendig for å oppnå et tilstrekkelig god kvalitet på pleien slik at kravet til saklighet er oppfylt. På den annen side har arbeidsgiver i utgangspunktet et ansvar for å sørge for at alle ansatte som skal arbeide med eldre og syke mennesker har tilstrekkelige gode språkferdigheter til å inneha vedkommende stilling. Man må derfor forutsette at alle arbeidstakere i hjemmetjenesten oppfyller visse minimumskrav når det gjelder språkferdigheter, slik at det ikke vil være saklig grunn for å nekte å motta hjelp fra ansatte med annen etnisk bakgrunn.

Forutsatt at det foreligger saklig formål for forskjellsbehandling blir det andre spørsmålet om forskjellsbehandlingen må anses for å være "uforholdsmessig inngripende" overfor den som den som forskjellsbehandles.

I denne forbindelse kan man stille spørsmål om hva det å bli utsatt for diskriminering generelt gjør med den enkelte. Alle mennesker har behov for å bli sett og verdsatt, hvilket er en viktig del av det å bli respektert. Respekt handler også om å bli godtatt for den man er på lik linje med andre. Når man blir nektet å utføre arbeidsoppgaver på grunn etnisitet får man ikke bevist hva man duger til. Dersom arbeidstakere på grunnlag av etnisitet forhindres fra å utføre vanlige arbeidsoppgaver som ligger i stillingen, vil dette kunne gi uheldige konsekvenser.

En konsekvens kan være økte problemer på arbeidsmarkedet. Arbeidstaker med annen etnisk bakgrunn risikerer å bli mindre attraktive fordi de ikke "kan" utføre alle arbeidsoppgaver som er nødvendige, og dermed vil de kunne skape merarbeid for arbeidsgiver.

Da retten til ikke å bli diskriminert er en av de mest grunnleggende rettigheter, beskyttet i både i internasjonale menneskerettigheter og i nasjonal lovgivning vurderer jeg situasjonen dit hen at tjenestemottakers fremmedfrykt og mindre praktiske kommunikasjonsproblemer ikke er tilstrekkelig tungtveiende grunner for at arbeidstakers skal måtte tåle å bli utsatt for diskriminering. Slik jeg ser det, vil derfor diskrimineringslovens § 4 (4) bare i helt spesielle tilfeller kunne komme til anvendelse i hjemmetjenesten. Diskriminering av arbeidstakere på grunn av etnisitet bør ikke forekomme i private hjem.

5 Oppsummering

Det er slått fast at arbeid i private hjem omfattes av arbeidsmiljølovens regler.

Arbeidsmiljøloven gir således et godt lovmessig fundament for arbeidstakers rettigheter i private hjem, selv om lovens rettigheter er noe generelt utformet.

I det ovennevnte har jeg forsøkt å konkretisere arbeidstakers rettigheter i private hjem, samt pekt på konkrete forhold i hjemmetjenesten som erfaringsmessig skaper problemer.

Hovedproblemet slik jeg ser det er kommunens dobbelrolle som både arbeidsgiver og tjenestetilbyder.¹⁷⁰ Kommunen må ta hensyn til tjenestemottakers rettigheter og har ikke full kontroll over arbeidsplassen. De tidvis vanskelige avveiningene knyttet til tilrettelegging av hjemmet som arbeidsplass som kommunens dobbeltrolle medfører, vil ofte kunne løses gjennom en dialog. Det er imidlertid viktig at forsøket på dialog mellom kommunen og tjenestemottager ikke går utover arbeidstaker. I den grad tilrettelegging ikke kan skje, enten det skyldes praktiske eller økonomiske årsaker, eller manglende samarbeidsvilje er i utgangspunktet uinteressant for arbeidstaker. Kommunen kan ikke presse arbeidstakere til ulovlige arbeidsforhold ved å tilby hjemmetjenester som ikke kan utføres i overensstemmelse med arbeidsmiljølovens krav.

¹⁷⁰ Kommunens rolle som tjenestetilbyder og hvilke vilkår kommunen kan stille til sine tjenestemottagere ligger utenfor min problemstilling.

DEL IV

SANKSJONSRETTIGHETER, TILTAK OG HÅNDHEVINGSAPPARAT

1 Retten til å varsle om kritikkverdige forhold når arbeidsplassen er i private hjem

1.1 Innledning

Etter arbeidsmiljølovens § 2-4 (1) har arbeidstaker rett til å varsle om kritikkverdige forhold. Bestemmelsen er relativt ny og kom inn i arbeidsmiljøloven i 2005. Opprinnelig handlet regelen om at arbeidstaker hadde rett til å varsle offentlig. Bestemmelsen ble imidlertid endret i 2006 til å omfatte en mer generell rett til varsling, både internt og eksternt.

Retten til å varsle har sammenheng med de senere års ”whistleblowing”- tilfeller hvor varslingen har fått store konsekvenser for varsleren, både i form av tap av arbeid og problemer med å finne nytt arbeid.¹⁷¹ Samfunnsmessige hensyn tilsier at uregelmessigheter som korrupsjon, ulovligheter, uetisk og annen skadelig aktivitet mv skal komme frem i offentligheten. Lovgiver har derfor også gitt varslerne en viss beskyttelse mot gjengjeldelser fra arbeidsgiver, jfr. arbeidsmiljølovens § 2-5.

¹⁷¹ Se for eksempel TOSLO-2004-99016 Oslo Tingrett (Simens Business Services).

Retten til å varsle om kritikkverdige forhold kan også sies å utgjøre en side av arbeidstakers medvirkningsplikt etter arbeidsmiljølovens § 2-3. Arbeidstaker har iht. arbeidsmiljølovens § 2-3 plikt til blant annet å underrette arbeidsgiver, verneombud og eventuelle andre arbeidstakere hvis arbeidstakeren blir oppmerksom på forhold som kan medføre fare for liv og helse, og hvis det forekommer trakassering, diskriminering og lignende.

1.2 Kritikkverdige forhold

I Ot.prp nr. 49 (2004-2005) står det at "[d]e kritikkverdige forhold det varsles om kan være relatert til for eksempel arbeidsmiljøet. Andre forhold det kan tenkes varslet om er ukultur, korrupsjon, ulovligheter samt uetisk eller skadelig aktivitet".¹⁷² I henhold til Ot.prp nr. 84 (2005-2006) s. 23 betyr dette at straffbare forhold, ulovlige forhold og brudd på andre etiske normer er omfattet. Forhold som kun er kritikkverdig ut fra arbeidstakers egen mening omfattes derimot ikke av bestemmelsen. Slike forhold dekkes isteden av regelen i Grunnlovens (Grl) § 100 om ytringsfrihet.¹⁷³

Etter forarbeidene er kritikk av forhold som ikke er ulovlige eller uetiske ikke naturlig å anse som varsling i lovens forstand. Et eksempel er sykepleiere som går ut og kritiserer bemanningssituasjonen på tjenestestedet der de arbeider. For at det skal være varsling må det være snakk om opplysninger som ikke er allment tilgjengelige, men som arbeidstaker har fått som følge av sitt ansettelsesforhold.¹⁷⁴

¹⁷²Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 305.

¹⁷³ Jakhelln (2006) s. 314.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) punkt 8.2.3.1, s. 37.

1.3 Forsvarlig varsling

Etter arbeidsmiljølovens § 2-4 (2) er det oppstilt et krav om at varslingen må være forsvarlig. Bakgrunnen for en slik regel er at en urettmessig varsling, og særlig en offentlig varsling, kan være til stor skade for arbeidsgiver. Skadepotensialet tilsier derfor at adgangen til offentlig varsling er snevrere enn ved intern varsling eller varsling til tilsynsmyndigheter.

Hensikten med å innføre et krav om forsvarlig varsling var å regulere måten varslingen skjer på, ikke å begrense retten til å si ifra. Forsvarlighetskravet når det gjelder retten til å varsle om kritikkverdige forhold kan derfor sies å være en videreføring av den lovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold.¹⁷⁵ For eksempel må varslingen normalt karakteriseres som lojal hvis arbeidstaker har tatt opp forholdene internt og fulgt linjen i internt i virksomheten. At arbeidstaker har forsøkt å vinne frem internt i virksomheten er dessuten også av betydning. Videre er arbeidstakers stilling og posisjon, motivene for offentliggjøring, sakens alvor og opplysningenes holdbarhet også relevante momenter i lojalitetsvurderingen.¹⁷⁶

Forsvarlighetsvurderingen er til en viss grad relativ, i den forstand at kravet til forsvarlighet vil kunne variere avhengig av hvem det er som varsler. Det stilles for eksempel større krav til en leder enn til en vanlig arbeidstaker i virksomheten.

1.4 Lovbestemt begrensning i adgangen til å varsle

I kraft av å være helsepersonell er ansatte i hjemmetjenesten underlagt lovbestemt taushetsplikt. Taushetspliktreglene har til hensikt å ivareta pasientens personvern og

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. Ibid. s. 50.

¹⁷⁶ NOU 2004:5.

integritet, samt å sikre tilliten mellom helsepersonell og pasient.¹⁷⁷ Taushetspliktreglene kan derfor begrense varslingsadgangen for ansatte i hjemmetjenesten.

I henhold til hovedregelen i helsepersonellovens § 21 skal helsepersonell ”hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av være helsepersonell”.

Bestemmelsen taler for at det ikke tillatt å varsle på en slik måte at sensitive opplysninger om den enkelte pasient lekker ut.

I arbeidsmiljølovens § 2-4 (2) står det imidlertid at arbeidstaker *uansett* har rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varslings. Det samme gjelder for varslings til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter. Ordlyden i arbeidsmiljølovens § 2-4 (2) tilsier derfor at arbeidstaker har intern varslingsrett til tross for lovbestemt taushetsplikt.

Av forarbeidene følger det at ”regler om taushetsplikt, ærekrenkelser mv i andre lover kan begrense ytringsfriheten. Regler om taushetsplikt gjelder uten hensyn til retten til å varsle etter arbeidsmiljølovens § 2-4”.¹⁷⁸

Arbeidsmiljøloven gjelder i utgangspunktet bare forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsmiljøloven regulerer derfor ikke forholdet til tredjemann. Dette tilsier at taushetsplikten for helsepersonell bør gå foran varslingsretten i arbeidsmiljøloven. Det samme vil også kunne følge av *lex specialis*-prinsippet.¹⁷⁹

I den lovbestemte taushetsplikten for helsepersonell finnes det imidlertid også begrensninger. Etter helsepersonellovens § 23 nr. 3 kan opplysninger gis videre dersom ”behovet for beskyttelse må anses ivaretatt ved at individualiserende kjennetegn er utelatt”.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) punkt 12.1 s. 101.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) kapittel 9, merknader til lovteksten, s. 50.

¹⁷⁹ *Lex specialis*-prinsippet går ut på at spesiell lov går foran generell lov ved kollisjon.

Systemkritikk og varsling i anonymisert form vil derfor være tillatt. Videre heter det at taushetsplikten ikke er til hinder for at ”opplysninger gis videre når tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig å gi opplysninger videre”, jfr.

helsepersonellovens § 23 nr. 4. Etter helsepersonellovens § 26 er det også oppstilt et unntak i taushetsplikten for opplysninger til virksomhetens ledelse og til administrative systemer når dette er ”nødvendig... for internkontroll og kvalitetssikring av tjenesten”. Imidlertid skal opplysningene så langt som mulig gis uten individualiserende kjennetegn.

I helsepersonelloven § 30 er det oppstilt en opplysningsplikt til Statens helsetilsyn og til Helsetilsynet i Fylket. Det er også fastsatt at opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av Arbeidstilsynets tilsyn skal kunne fremlegges uten hinder av taushetsplikt, jfr. arbeidsmiljølovens § 18-5 (1). Det vil derfor kun være tillatt å varsle om taushetsbelagte opplysninger vedrørende tredjemann (tjenestemottaker) i henhold til de regler som gjelder for særlovgivningen. For ansatte i hjemmetjenesten vil det således kun være i svært sjeldne tilfeller, om noen, at det kan varsles offentlig om kritikkverdige forhold i det enkelte hjem uten at det er anonymisert.

1.5 Rett til å varsle tilsynsmyndighetene

Etter arbeidsmiljølovens § 2-4 (2) har arbeidstaker rett til å varsle tilsynsmyndigheter og andre offentlige myndigheter. I forarbeidene fremgår det at bestemmelsen omfatter offentlige organer som har til oppgave å håndheve og føre tilsyn med gjennomføringen av lover og regler slik som for eksempel Arbeidstilsynet, Statens helsetilsyn, Helsetilsynet i fylket, Ligestillings- og diskrimineringsombudet mv.¹⁸⁰ Det er således en vid adgang til å varsle ulike offentlige myndigheter.

Etter forarbeidene følger det av ulovfestede regler at adgangen til å varsle tilsynsmyndighetene er atskillig videre enn annen ekstern varsling. Varsling til

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. Ibid. s. 52.

tilsynsmyndighetene ligger derfor vanligvis innenfor hva som er forsvarlig, og er ofte helt nødvendig for at kontroll- og tilsynsorganene kan sette i verk tiltak. Departementet har presisert at det er viktig at terskelen er lav for varsling internt og til offentlige myndigheter. Europarådets sivilrettslige konvensjon artikkel 9 forplikter dessuten staten å gi hensiktsmessig vern til arbeidstakere som sier i fra til ansvarlig person eller myndigheter.¹⁸¹

Retten til å varsle tilsynsmyndighetene er også hjemlet i helsepersonelloven. I helsepersonellovens § 17 står det at ”Helsepersonell skal av eget tiltak gi tilsynsmyndighetene informasjon om forhold som kan medføre fare for pasientens sikkerhet”. I forarbeidene heter det at ”*fare for pasienters sikkerhet*” skal tolkes strengt og at det innebærer at det er sannsynlig at pasientens helsetilstand forverres eller pasienter utsettes for skade, smitte osv. Når det gjelder ”*forhold*”, menes det ”tiltak, rutiner, teknisk utstyr, svikt og mangler i organiseringen av tjenesten, herunder manglende helsepersonell”.¹⁸² Helsepersonellovens § 17 later imidlertid til å være beregnet på taushetsbelagte opplysninger om virksomhetens drift og organisering og ikke først og fremst taushetsbelagte opplysninger om pasientens helsetilstand etc.

Helsepersonellovens § 17 fastslår som nevnt at helsepersonell skal varsle tilsynsmyndighetene om de forhold som kan være til fare for pasientens helse og liv. I en note er det henvist til Lov om statlig tilsyn med helsetjenesten av 30.mars 1984, nr. 15. Etter denne lovs § 3 har enhver som yter helsetjeneste plikt til å etablere et internkontrollsystem for virksomheten og sørge for at virksomheten og tjenester planlegges, utføres og vedlikeholdes i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av lover eller forskrifter. Det er derfor naturlig at retten til å varsle tilsynsmyndighetene ikke er begrenset av taushetspliktsreglene når også helsepersonelloven som pålegger helsepersonell taushetsplikt, samtidig hjemler en plikt til å varsle.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. Ibid. s. 40.

¹⁸² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 225.

Etter arbeidsmiljølovens § 18-2 er varslers identitet særskilt beskyttet. Arbeidstilsynet plikter å holde vedkommende varslers identitet skjult også overfor den innvarslete. Hensikten er å beskytte den som påpeker klanderverdige forhold mot negative reaksjoner. En slik kildebeskyttelse gjør det enklere for den enkelte arbeidstaker å melde fra om regelbrudd og kan derfor bidra til å effektivisere tilsynet.¹⁸³

2 Retten og plikten til å avbryte arbeidet

2.1 Innledning

Det har lenge vært et anerkjent prinsipp i norsk arbeidsrett at arbeidstaker har rett til å avbryte arbeid som han mener er farlig for seg selv eller andre. Prinsippet om at arbeidstaker har rett til å avbryte arbeidet er så selvsagt at det ikke har vært ansett som nødvendig å lovfeste retten særskilt. Det ble uttrykt allerede i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 hvor det stod: ”En arbeidstaker har etter gjeldende rett ikke plikt til å utføre arbeids som han mener er farlig for ham. Det vil ikke være i strid med hans lydighetsplikt etter arbeidsavtalen eller arbeidsgiverens styringsrett etter tariffavtalen, å nekte å utføre slikt arbeid. Denne retten til å hekte å utføre farlig arbeid, er så vidt klart anerkjent i norsk arbeidsliv at en finner det unødvendig å lovfeste den”.¹⁸⁴

Plikten til å avbryte arbeidet er imidlertid lovfestet i arbeidsmiljølovens § 2-3 (2) bokstav c, som sier at ”arbeidstaker skal avbryte arbeidet dersom det ikke kan fortsette uten fare for liv eller helse”. Bestemmelsen er for øvrig en videreføring av arbeidsmiljøloven fra 1977 § 16. nr 1 fjerde ledd.

¹⁸³ Aune (2005) s. 1120, skrevet av Marianne Jenum Hotvedt.

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 110.

Plikten til å avbryte arbeidet må ses i sammenheng med retten til å nekte. I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1989 s. 329 uttaler Høyesterett på side 335-336 at ”[r]eglene om rett til å nekte og plikt til å nekte, må imidlertid sees i sammenheng. Retten til å nekte må under enhver omstendighet gå like langt som plikten”. I følge Henning Jakhell må det allikevel antas at terskelen for retten til å avbryte arbeidsforholdet er lavere enn plikten til å avbryte arbeidet.¹⁸⁵

2.2 Hvem er det som må være i fare

Arbeidsmiljølovens § 2-3 (2) bokstav c gjelder uavhengig av om det er arbeidstakeren selv eller om det er andre som utsettes for helsefare. Fare for pasientens liv eller helse vil derfor også omfattes av plikten til å avbryte arbeidet. Et slikt syn har også støtte i forarbeidene.¹⁸⁶

Arbeidstaker kan derfor ha plikt til å avbryte en arbeidsoppgave som vedkommende ikke mestrer hvis det kan gå utover tjenestemottakers helse. Et eksempel er hvis en sykepleier har forsøkt å kateterisere en pasient, men forsøket har mislyktes pga. blokkeringer i urinrøret. I slike tilfeller bør kateteriseringen utføres av en ekspert for å unngå skade. Jeg mener at arbeidstaker i slike tilfeller har en plikt til å avbryte forsøket av hensyn til tjenestemottaker.

2.3 Hvem er det som avgjør når arbeidet skal avbrytes

Etter ordlyden i arbeidsmiljølovens § 2-3 (2) bokstav c fremgår det uttrykkelig at arbeidet kan avbrytes dersom *arbeidstaker*¹⁸⁷ mener at arbeidet ikke kan fortsette uten å medføre fare for liv eller helse. Hensikten med bestemmelsen må være at arbeidstaker i akutte

¹⁸⁵ Aune (2005) s. 75.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 35.

¹⁸⁷ Min uthevelse.

situasjoner skal kunne reagere selv, uten først å måtte kontakte andre for deres vurdering av hvorvidt arbeidet kan avbrytes eller ikke.

Etter Høyesteretts oppfatning kan imidlertid vurderingen av retten til å nekte og plikten til å nekte ikke baseres på en ren subjektiv vurdering slik ordlyden tilsier. I Høyesteretts som inntatt i Rt. 1989 s. 329 var saken at en polititjenestemann nektet å hjelpe til ved en ettersøking etter væpnende bankranere fordi han mente oppdraget var farlig. Høyesterett uttalte at det i ”utgangspunktet i begge tilfelle [må] være at det etter en objektiv vurdering må foreligge en fare som ut fra arbeidsforholdet og omstendighetene for øvrig overskrider det arbeidstakeren må finne seg i. Dette objektive grunnlag må antas å være det samme for nektelsesretten og nektelsesplikten”.¹⁸⁸

Når det gjelder den subjektive plikten, vil reglene ha forskjellig innhold i følge Høyesterett. For retten til å nekte blir spørsmålet om nektelsen kan anses rettmessig, selv om det objektive grunnlaget mangler, dersom arbeidstaker tror at det foreligger en fare som ville gi ham rett til å nekte. Hvis arbeidstaker tar feil av hva han er forpliktet å utsette seg for, vil en slik nektelse bare i sjeldne tilfeller anses som rettmessig (normvillfarelse). Hvis arbeidstaker derimot feilbedømmer faresituasjonen, er utgangspunktet et generelt aktsomhetskrav. Et eksempel kan være hvor en tjenestemottaker truer med å drepe den ansatte hvis vedkommende forsøker å ta seg inn i leiligheten og tjenestemottaker ikke vet at dette er ganske vanlig trussel fra denne tjenestemottakeren. På grunn av mental svikt tror tjenestemottaker det er innbruddstyver som forsøker å ta seg inn i leiligheten. I slike tilfeller må det derfor være greit at tjenestemottaker avbryter oppdraget til vedkommende får vite hvordan man skal takle tjenestemottakeren.

Når det gjelder de objektive vilkår for å nekte, er det ifølge Høyesterett ikke nok at kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø ikke er overholdt. Den manglende overholdelsen av kravene

¹⁸⁸ Rt. 1989 s. 329, sitat s. 336

til fullt forsvarlig arbeidsmiljø må derfor gi seg utslag i en konkret faresituasjon for å gi selvstendig grunnlag for nektelse.

2.4 Nærmere om uttrykket "fare for liv og helse"

I følge rettspraksis og juridisk teori har det bare vært tillatt å nekte å utføre arbeidsoppgaver som innebærer en større faregrad enn det som følger av arbeidsavtalen. Faren må derfor kunne karakteriseres som ekstraordinær ut i fra yrkets alminnelige og aksepterte risiko før det foreligger en nektelsesrett.¹⁸⁹ I Høyesteretts dom inntatt i Rt.1989 s.329 uttales at:

"Tross lovens ordlyd og uttrykksmåten i loven forarbeider når det gjelder den ulovfestede nektelsesrett, kan ikke enhver helsefare gi grunnlag for å nekte å utføre arbeidet. Det er på det rene at det i en rekke yrker kreves at arbeidstakeren i enkelte situasjoner må utsette seg for en ikke ubetydelig fare. I den offentlige sektor kan ved siden av politiet nevnes brannvesen, fengselsvesen og psykiatrisk sykepleie. En risiko som ligger innenfor det som følger av ansettelsen, gir ikke arbeidstakeren noen rett til å nekte å utføre arbeidet... Hvor stor fare arbeidstakeren i det enkelte tilfelle må finne seg i, vil måtte bero på en konkret vurdering der det blant annet må tas hensyn til hvilke interesser som skal ivaretas ved arbeidstakerens innsats, og hva som kan gjøres for å minske risikoen ut fra de tilgjengelige ressurser".¹⁹⁰

I denne uttalelsen gir Høyesterett en anvisning på at det skal gjelde et forholdsmessighetsprinsipp i vurderingen av om arbeidstaker skal ha rett til å avbryte arbeidet. Avveiningen er i utgangspunktet vanskelig, noe som etter Høyesteretts oppfatning tilsier at den derfor bør tilligge ledelsen.

Høyesterett uttaler videre at arbeidstakeren imidlertid må "kunne nekte å etterkomme selv en uttrykkelig ordre hvis den utsetter ham for en fare som ikke under noen omstendighet er

¹⁸⁹ Jfr. Rt. 1989 s. 329 og Jakhelln (2003).

¹⁹⁰ Rt. 1989 s. 329, sitat s. 336.

akseptabel, eller hvis den må anses klart uforsvarlig ut fra en bedømmelse av den konkrete situasjonen”.

I samme dom sies det også at ”sammenhengen mellom reglene tilser etter mitt syn at også når det gjelder arbeidstakernes nektelsesrett, må det kreves en ”umiddelbar fare.” Hvis det kan konstateres en slik umiddelbar fare, kan det på den annen side ikke kreves at arbeidstaker først påbegynner arbeidet for deretter å ”avbryte”.¹⁹¹ Dette synet støttes av Jakhelln, som gir uttrykk for at bestemmelsen om plikten til å unnlate å utføre farlig arbeid må ses i sammenheng med arbeidsmiljølovens § 6-3 og verneombudets rett til å stanse arbeidet hvis der foreligger ”overhengende fare for arbeidstakernes liv og helse.” Jakhelln mener at det må foreligge en umiddelbar fare også når det gjelder arbeidstakers nektelsesrett. Når det gjelder uttrykket ”umiddelbar fare for liv og helse” uttaler departementet at ”det avgjørende må være om det kan oppstå fare ved at arbeidet fortsetter. Arbeidstakeren skal ikke avbryte arbeidet om faren først kan oppstå på et senere tidspunkt”.¹⁹²

I hjemmetjenesten er faren for arbeidstakers liv og helse vanligvis ikke et akutt problem som følge av plutselige og uventede hendelser. Arbeidsforholdene utgjør derimot en mer vedvarende fare fordi arbeidet ikke i tilstrekkelig grad er tilrettelagt. Problemet er derfor at man ikke med sikkerhet kan si når og eventuelt om helseskade vil kunne oppstå. Dette vil jeg komme nærmere inn på i neste punkt.

2.5 Retten og plikten til avbryte arbeidet i hjemmetjenesten

I forarbeidene står det at det finnes en rekke eksempler på at arbeidstakere har tatt store sjanser i arbeide, og dermed utsatt seg for ulykker. Dette kan skyldes flere forhold. En årsak kan være manglende instruksjon og opplæring slik at arbeidstaker er uvitende om,

¹⁹¹ Ibid. s. 336.

¹⁹² Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 35.

eller undervurderer faremomentene. En annen årsak kan være frykt for represalier fra arbeidsgiver, eller en generell uvilje mot omstendelige sikringstiltak.¹⁹³

I evalueringen av Arbeidstilsynets landsomfattende kampanje ”Rett hjem” fremgår det at de ansatte i hjemmetjenesten strekker seg svært langt før de nekter å gi hjelp.

Arbeidstilsynet uttaler at ”det skal nok ekstremt graverende forhold til før man nekter å gi hjelp. Hensynet til brukerne står tross alt øverst for de ansatte”.¹⁹⁴ I evalueringen antas det videre at det kun vil være i tilfeller med akutt fare for ansattes liv og helse at det vil være aktuelt for de ansatte å nekte å yte hjelp, som oftest vil andre løsninger være forsøkt før man kommer så langt.

Bakgrunnen for hvorfor arbeidstakere strekker seg så langt, kan skyldes at det ofte er tvilsomt om hvorvidt arbeidet er fullt forsvarlig eller hvorvidt det er uforsvarlig. Videre er det kanskje også en kultur for at arbeidstakerne i hjemmetjenesten har en tendens til å strekke seg litt for langt. Dermed utsetter de seg selv for unødvendige skader og ulykker.¹⁹⁵

Et særlig problem i forhold til hjemmetjenesten er at de ansatte ofte vil være utsatt for belastningsskader over tid. Kriteriet ”umiddelbar fare” eller ”overhengende fare” tilsier imidlertid at faren for belastningsskader som utvikler seg over tid ikke vil være omfattet av arbeidstakers nektelsesrett eller plikt.

På den annen side vil det ikke alltid være riktig å foreta vurderingen av om det foreligger ”umiddelbare fare” i forhold til den enkelte isolerte arbeidsoppgaven. Hvis for eksempel en arbeidstaker er hos en pasient på nærmere 100 kg og pasienten plutselig trenger hjelp til å løftes inn og ut av en lav seng, kan det foreligge en ”umiddelbar fare” for akutte ryggskader. Dette må gjelde selv om det er usikkert om og eventuelt når en potensiell akutt skade kan oppstå. Det er for eksempel mulig at slike tunge løft over en begrenset

¹⁹³ Ibid. s. 35.

¹⁹⁴ Trygstad (2003) s. 38.

¹⁹⁵ Jfr TAHER-2005-182733 Asker og Bærum tingrett

tidsperiode kan foretas uten at arbeidstager pådrar seg noen skade. Problemet er bare at man ikke vet når en skade eller ulykke vil kunne skje. En skade kan komme på det første løftet eller den kan komme etter å ha gjort den samme manøver i nesten et år.¹⁹⁶ Retten til å nekte å arbeide må også ses i sammenheng med verneombudets rolle, jfr. nedenfor i Del IV, punkt 5.1.2.

Når det gjelder de ansatte i hjemmetjenestens eventuelle rett og plikt til å avbryte arbeidet vil avbrytelsen også bli vurdert i sammenheng med de konsekvenser en avbrytelse vil få for tjenestemottaker. Tjenestemottaker er ofte helt avhengig av å få hjelp. En avbrytelse eller nektelse av å utføre arbeidet vil derfor kunne ramme tjenestemottaker hardt. De ansatte er ofte så lojale og oppofrende overfor sine tjenestemottakere at de går på akkord med egen sikkerhet. Det er imidlertid viktig å ha klart for seg at det er arbeidsgiver som har plikt å tilby tjenestemottaker den nødvendige hjelp. Det er derfor ikke arbeidstakers problem at tjenestemottaker har rett på hjelp. Arbeidstaker har helt uavhengig av tjenestemottakers rett til hjelp fra kommunens side, krav på et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

I utgangspunktet skal arbeidet risikovurderes før arbeidet i gangsettes slik at kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø sikres. Å hevde at arbeidstaker ved å velge å jobbe i hjemmetjenesten har samtykket til en større faregrad enn det som anses forsvarlig, er neppe holdbart. Utgangspunktet må være at man ikke kan samtykke til krenkelse av grunnleggende arbeidstakerrettigheter, jfr. arbeidsmiljølovens § 1-9.

Jakhelln skriver at kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø kan modifiseres ut fra nødrettsbetraktninger og i den grad arbeidstaker samtykker til arbeidsoppgaven. Men samtidig vil man ikke kunne akseptere ethvert samtykke til hvilken som helst oppgave. Ledelsen må ta i betraktning den enkeltes samtykke, faregraden og de verdier som står på spill, og deretter vurdere om arbeidstaker har pådratt seg for mye eller strukket seg for langt.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Jfr Ibid.

¹⁹⁷ Jakhelln (2003).

Hovedregelen er som allerede nevnt at kravet at arbeidsmiljøet skal være fullt forsvarlig, jfr arbeidsmiljølovens § 4-1. Å kreve at all tilrettelegging skal være 100 % i orden før arbeidet kan begynne og/eller fortsette, kan imidlertid fremstå som et uforholdsmessig krav som ikke gir rett til å avbryte arbeidet. I den grad det er forsvarlig at arbeidsmiljøet ikke er 100 % tilrettelagt og i orden før hjelpen iverksettes, må dette derfor aksepteres.

3 Heving av arbeidsavtalen

Det er et ulovfestet kontraktsrettslig prinsipp at man ved vesentlig avtalebrudd kan gjøre bruk av misligholdsbeføyelser som for eksempel heving. Manglende tilrettelegging av det fysiske eller psykososiale arbeidsmiljøet kan av og til være så omfattende at det må anses for å være et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen fra arbeidsgiver side overfor de ansatte. I slike tilfeller vil derfor de ansatte kunne heve arbeidsavtalen og kreve avskjed.¹⁹⁸ Dette må også gjelde for ansatte i hjemmetjenesten.

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1997 s.1506 (Stryn Apotek) gjaldt saken spørsmål om erstatning for arbeidsforhold som var opphørt uten at det forelå noen oppsigelse. Høyesterett fastslo at arbeidsmiljølovens bestemmelser om erstatning for usaklig oppsigelse ikke kunne anvendes fordi det ikke forelå en oppsigelse i arbeidsrettslig forstand. Forholdet måtte isteden vurderes ut fra alminnelige kontraktsrettslige regler. Høyesterett uttalte at ”de grunnleggende krav til arbeidsmiljøet i utgangspunktet inngår som en del av rettigheter og plikter i arbeidsforhold i dag...”.¹⁹⁹ Tilrettelegging av arbeidsmiljøet må derfor anses som en del av arbeidsgivers kontraktsmessige forpliktelser.

¹⁹⁸ Jakhelln (2006) s. 645.

¹⁹⁹ Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) s. 1512.

Høyesterett uttalte imidlertid at det skal mye til før det kan bli tale om vesentlig mislighold og erstatning for forhold som ikke gjelder fysiske innretninger og lignende omstendigheter. Når det gjelder kommunikasjon og samarbeid, vil derimot årsaks- og ansvarsforholdene kunne være meget vanskelige å trenge inn i. I tillegg må arbeidstakerens plikter i arbeidsforholdet tas i betraktning.

4 Tiltak for å skape et forsvarlig arbeidsmiljø i hjemmetjenesten

4.1 Kartlegging av arbeidsmiljø

I arbeidsmiljølovens § 3-1 (2) står det at systematisk helse-, miljø, og sikkerhetsarbeid blant annet innebærer at arbeidsgiver kartlegger farer og problemer. Arbeidsgiver har derfor en plikt til å foreta såkalte arbeidsplassvurderinger, hvilket er en annen betegnelse på risikovurdering i arbeidslivet. I henhold til risikovurderingen må det deretter utarbeides planer og tiltak.

I hjemmetjenesten skjer kartleggingen av arbeidsmiljøet for eksempel i form av vernerunder eller arbeidsmiljøundersøkelser.²⁰⁰ Det er i tillegg utarbeidet et skjema for arbeidsplassvurdering i brukers hjem.²⁰¹ Dette må anses å være en oppfyllelse av plikten til å kartlegge arbeidsmiljøet. Arbeidsplassvurderingen utføres vanligvis i forbindelse med bestillerenhetens vurderingsbesøk, altså før det innvilges kommunale helse- og sosialtjenester. På den måten informeres tjenestemottaker om at hjemmet også er å anse som en arbeidsplass. I vurderingsbesøket er det også naturlig å ta stilling til om det vil være behov for hjelpemidler og hvorvidt disse må anskaffes før hjelpen kan iverksettes eller fortsette.

²⁰⁰ Jfr Arbeidstilsynets "Rett hjem" - kampanje som har pågått i flere år.

²⁰¹ Se Vesterager (2001), vedlegg 1, side 102-104 og Kjøllmoen (2006) vedlegg 7, side 69-70.

Fordi tjenestemottakers helsetilstand også kan forandre seg, er det viktig med kontinuerlig oppfølging av arbeidsplassvurderingen. I så måte er den enkelte arbeidstaker selv nærmest til å foreta den løpende kartleggingen av behovet for tilrettelegging. Eldre mennesker blir for eksempel mer hjelpetrengende etter hvert og vil derfor kunne trenge mer hjelp i stell enn hva tilfellet var da hjelpen ble innvilget. Dette kan bety at arbeidstaker risikerer å måtte foreta for eksempel tunge løft, hvilket ikke var situasjonen da hjelpen ble innvilget. Arbeidstakers medvirkningsplikt etter arbeidsmiljølovens § 2-3 er derfor både praktisk og viktig.²⁰²

4.2 Systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid (HMS-arbeid)

Internkontroll er et viktig tiltak for å sikre kravene til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid blir overholdt.²⁰³ Arbeidsmiljølovens § 3-1 pålegger arbeidsgiver en plikt til å sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten. I henhold til loven skal dette skje i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte.

Ansvar for arbeidsmiljøet er viktig på alle nivåer i virksomheten, men hovedansvaret ligger hos øverste ansvarlig i virksomheten. For kommunenes vedkommende betyr det at det er byrådsleder/rådmann som sitter med hovedansvaret for helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet i kommunen. Årsaken til at ansvaret er plassert hos øverste ansvarlig er nettopp for å sikre at arbeidet blir prioritert.²⁰⁴ Allikevel har også arbeidstakere plikt til å medvirke i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet.

²⁰² TAHER-2005-182733 Asker og Bærum tingrett .

²⁰³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 91.

²⁰⁴ Jakhelln (2006) s. 637.

En av de mest sentrale oppgavene når det gjelder HMS-arbeid i hjemmetjenesten er å få kartlagt mulige farer og problemer, slik at man kan vurdere hva som utgjør en risiko for helse, miljø og sikkerhet for de ansatte.²⁰⁵

I henhold til ”Arbeidsmiljø i hjemmetjenesten – en veileder” kan oppgavene i en HMS gruppe for eksempel være:

- ”* å kvalitetssikre enhetens rutiner (innhold og etterlevelse) for HMS-arbeidet
- * gjennom dette sikre et bra arbeidsmiljø for de ansatte
- * å sikre fremdrift i oppfølgingen av lokale HMS-saker, avviksbehandling og handlingsplaner på HMS-området.
- * å understreke saksgangen når HMS-utfordringer oppstår, slik at forbedringer, svakheter og mangler rettes opp i samarbeid med nærmeste leder”.²⁰⁶

Når kartleggingen er utført, er det imidlertid også viktig å sikre videre oppfølging og kontinuitet slik at kravene etterleves i samsvar med lovverket.

Hva helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid nærmere innebærer, følger av arbeidsmiljølovens § 3-1 (2). Særlig viktig er at de ansatte får den opplæring, øvelse og instruksjon som er nødvendig for å unngå ulykkes- og helsefarer. I hjemmetjenesten er arbeidstakerne særlig utsatt for fysiske belastninger pga tunge løft og vridninger. Et viktig tiltak vil da for eksempel være å gjøre de ansatte oppmerksom på faren og tilby kurs i løfteteknikk og bruk av hjelpemidler slik at de ansatte har kunnskaper om hvordan de kan unngå helsefare.

Det finnes også en egen forskrift om internkontroll i sosial- og helsesektoren, jfr. FOR-2002-12-20-1731. I henhold til forskriften innebærer internkontroll at det utføres systematiske tiltak for å sikre at virksomhetens aktiviteter planlegges, organiseres, utføres og vedlikeholdes i henhold til aktuelle lover og forskrifter.

²⁰⁵ Aune (2005) s. 95.

²⁰⁶ Kjølmoen (2006) s. 25.

I NOU 1999:13 ble det påpekt at eksisterende lover og regler ikke i tilstrekkelig grad bygger på en forståelse av hva som er de største helse- og miljøbelastningene i typiske kvinneyrker. Det uttales blant annet følgende:

”Det formelle helse-, miljø og sikkerhetsarbeidet er mest relevant for teknisk sektor dernest for merkantil og kontor, så for institusjonsbasert pleie- og omsorg. Det er minst relevant for hjemmebasert pleie- og omsorg (Moland 1997). Kjennskap til og bruk av HMS varierer med arbeidsfelt. HMS er størst i teknisk sektor, og minsker jo mer arbeidet har med mellommenneskelige forhold å gjøre, og jo mer dette foregår på brukernes premisser. Dette skyldes dels trekk ved arbeidets organisering, men også at HMS-forskriftene i svært stor grad har industriarbeidsplasser som modell. Det er derfor ikke overraskende hvis vernetjenesten og HMS-arbeidet har begrenset interesse blant hjemmehjelpere og pleie- og omsorgspersonale (op.cit). Problemstillinger knyttet til for eksempel kvaliteten på tjenester til syke og funksjonshemmede, eller ansatte som utsettes for fysisk aggresjon eller utskjelling fra tjenestemottaker, vil være perifere problemstillinger sett fra en industriarbeidsplass. For ansatte i pleie- og omsorgstjenester, og særlig den hjemmebaserte omsorgen, er dette belastninger som forekommer i stort og økende omfang ”.²⁰⁷

I NOU 1999: 13 ble det gjort klart at det var behov for å styrke helse,- miljø- og sikkerhetsarbeidet innen pleie og omsorgssektoren, og at eventuelle tiltak måtte bygge på kunnskap om de spesielle krav som stilles for de ansatte i denne bransjen.²⁰⁸ Til tross for fokuset på et særlig tilrettelagt HMS-arbeid for ansatte i hjemmetjenesten, må man allikevel konstatere at utviklingen har gått i feil retning.²⁰⁹

²⁰⁷ NOU 1999:13, punkt 5.3.5.

²⁰⁸ NOU Ibid. punkt 5.3.6

²⁰⁹ Hernes (2007).

4.3 Bedriftshelsetjeneste

Tilbud om bedriftshelsetjeneste er et arbeidsmiljøtiltak som skal bistå virksomhetene i det forebyggende arbeidet og har til formål å bidra til sunne og trygge arbeidsforhold.²¹⁰

Hva som menes med bedriftshelsetjeneste er ikke definert i arbeidsmiljøloven. I NOU 2004: 5, punkt 11.2.1 er bedriftshelsetjeneste beskrevet som ”tverrfaglige ordninger av verne- og helsepersonale som arbeider sammen, og ikke enkeltstående verne- og helsepersonale som er ansatt i virksomheten (som for eksempel verneleder) og heller ikke frittstående konsulenter eller personalleger”.

Etter arbeidsmiljølovens § 3-3 (1) plikter arbeidsgiver å knytte bedriftshelsetjeneste til virksomheten dersom risikoforholdene i virksomheten tilsier det. Vurderingen av om en slik plikt foreligger, er en del av det systematiske helse-, miljø-, og sikkerhetsarbeidet. Med hjemmel i arbeidsmiljøloven fra 1977 § 30 nr. 4 er det fastsatt en forskrift som gir oversikt over hvilke bransjer som skal tilby bedriftshelsetjeneste, jfr FOR-1089-06-08-914 (bransjeforskriften). Til tross for at ansatte i helse, pleie og omsorgssektoren har et svært belastende arbeid er denne gruppen som helhet ikke inkludert i forskriften.²¹¹ Listen er imidlertid ikke uttømmende, og arbeidsgiver må derfor selv foreta en selvstendig vurdering av risikoforholdene i sin virksomhet. Mange arbeidsgivere finner det vanskelig å vurdere om man er pliktig å tilby bedriftshelsetjeneste, og departementet har i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) gitt uttrykk for at forskriften bør revideres slik at flere risikoutsatte virksomheter omfattes.²¹² Arbeids- og inkluderingsdepartementet har nå sendt ut forslag om utvide bransjeforskriften til blant annet å omfatte helse- og sosialsektoren, slik at denne bransjen alltid skal være tilknyttet en bedriftshelsetjenesteordning.²¹³

²¹⁰ NOU 2004:5, s.186.

²¹¹ Enkelte særskilte grupper som nattevakter, renholdere og vaktmestere er dog allikevel omfattet.

²¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 112.

²¹³ Saken er nå ute til høring med høringsfrist 25. juni 2008.

5 Konfliktløsnings- og håndhevingsapparat

5.1 Det organiserte vernearbeid

5.1.1 Innledning

Bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 6 om verneombud og kapittel 7 om arbeidsmiljøutvalg har til formål å bidra til å effektivisere og realisere målsettingen om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.²¹⁴ Disse bestemmelsene må imidlertid ses i sammenheng med arbeidstakers plikt til å medvirke i det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid.

5.1.2 Verneombud

Bestemmelser om verneombudet finnes i arbeidsmiljølovens kapittel 6. Verneombudets oppgaver er nærmere regulert i arbeidsmiljølovens § 6-2. I henhold til denne bestemmelsen har verneombudet plikt til å melde fra om forhold som kan innebære helseskade.

Verneombudet er imidlertid selv avhengig av å få melding om uheldige eller uforsvarlige arbeidsmiljøforhold fra de ansatte, jfr. blant annet arbeidsmiljølovens § 2-3 (2) bokstav b og d.

Det er ikke verneombudets oppgave å dokumentere risikoen for helseskade, den oppgaven ligger prinsipalt på arbeidsgiver. Hvis arbeidsgiver ikke tar tak i problemet, plikter derimot verneombudet å melde saken videre til arbeidstilsynet.

I henhold til arbeidsmiljølovens § 6-3 (1) kan verneombudet stanse farlig arbeid dersom det foreligger umiddelbar fare for arbeidstakernes liv og helse, og faren ikke straks kan avverges på annen måte. I forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven uttalte departementet: ”For at verneombudet skal kunne stanse arbeidet, må det etter hans [verneombudets] mening foreligge en umiddelbar fare for arbeidstakernes liv eller helse, og

²¹⁴ Jakhelln (2006) s. 629.

situasjonen må være slik at faren ikke straks kan avverges. Loven krever altså ikke at det objektivt sett skal foreligge fare for liv eller helse, men overlater vurderingen av dette til verneombudet.”²¹⁵

Etter forarbeidene kreves derfor ikke en objektiv vurdering av hva som utgjør en umiddelbar fare for liv og helse. Det avgjørende er hva verneombudet selv mener der og da. Dersom det foreligger umiddelbar fare for liv og helse kan det imidlertid være upraktisk først å måtte kontakte verneombudet dersom den risikoen som er oppstått må regnes som ekstraordinær ut fra hva som er påregnelig i yrket, jfr. del IV, punkt 2.4. Arbeidstaker har etter generelle arbeidsrettslige prinsipper da rett til å nekte å utføre arbeidet.

Verneombudets stansingsrett er for øvrig ikke ment å bare gjelde på forhold som oppstår akutt. Verneombudet skal også kunne stanse arbeid som antas å ha helseskadelig effekt på lang sikt, jfr Ot.prp. nr. 3 (1974-1975) side 117: ”Et særlig spørsmål er om verneombudet kan stanse arbeidet i de tilfeller hvor det foreligger fare for helseskader på lang sikt. Det som vil være avgjørende i slike tilfeller er om faren er umiddelbar, ikke om skaden vil skje umiddelbart. Hvis eksempelvis spørsmålet oppstår i forbindelse med påvirkning av kjemiske stoffer som kan medføre helsefare, vil verneombudet ikke kunne stanse arbeidet dersom skadevirkningene bare kan oppstå gjennom lang tids påvirkning. Dersom selv kortere tids påvirkning kan medføre helsefare, vil derimot verneombudet kunne stanse arbeidet, selv om den skade som antas å føle av påvirkningen først vil framtre på et senere tidspunkt. Verneombudets vurdering vil også her være avgjørende”.

Loven oppstiller imidlertid et vilkår om at faren ikke straks må kunne avverges på annen måte. I det ligger en forholdsmessighetsbetraktning. Arbeidet kan kun stanses hvis ikke mindre alvorlige tiltak kan avhjelpe situasjonen. Videre kan arbeidet bare stanses i den grad verneombudet anser det nødvendig for å avverge fare.

²¹⁵ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 117 merknad til § 27.

5.1.3 Arbeidsmiljøutvalg

Arbeidsmiljøutvalg er et utvalg som består av like mange medlemmer fra arbeidsgiversiden som fra arbeidstakersiden.²¹⁶ Nærmere regler om arbeidsmiljøutvalg finnes i arbeidsmiljølovens kapittel 7.

Etter lovens § 7-2 er arbeidsmiljøutvalgets oppgaver blant annet å arbeide for gjennomføring av et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i virksomheten, delta i planleggingen av verne- og miljøarbeid, og nøye følge utviklingen i spørsmål som angår arbeidstakernes sikkerhet, helse og velferd. Arbeidsmiljøutvalget skal blant annet behandle spørsmål om opplæring, instruksjon og opplysningsvirksomhet i bedriften som har betydning for arbeidsmiljøet. Videre har utvalget ansvar for å gjennomgå alle rapporter om yrkessykdom og ulykker og søke å finne årsaker slik at det kan iverksettes tiltak. Arbeidsmiljøutvalget avgir hvert år en årlig rapport om sin virksomhet til ledelsen og arbeidstakernes organisasjoner.

Ettersom arbeidsgiver ikke har direkte kontroll over arbeidsplassen, kan arbeidsmiljøutvalget, hvor arbeidstakerne er representert, ha en viktig funksjon i det kontinuerlige arbeidet med å tilrettelegge arbeidsforholdene for de ansatte i hjemmetjenesten.

5.2 Arbeidstilsynet

5.2.1 Innledning

For å forsikre seg om at lover og regler blir overholdt ble det ansett å være behov for et offentlig tilsynsorgan, jfr. arbeidsmiljølovens § 18-1 flg.²¹⁷ Arbeidstilsynet har derfor tradisjonelt hatt i oppgave å påse at lover og regler på arbeidsmiljøområdet faktisk blir

²¹⁶ Jakhelln (2006) s. 629.

²¹⁷ Ibid. s. 619.

overholdt. De siste par årene har tilsynet imidlertid også prioritert forbyggende arbeid rettet mot arbeidsmiljøfaktorer som fremmer utstøtning av arbeidslivet og som hemmer inkludering.

I henhold til forarbeidene er det overordnede målet med Arbeidstilsynet å medvirke til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø med trygge ansettelsesforhold og meningsfylt arbeid for den enkelte.²¹⁸ Dersom det oppstår uenighet hvorvidt arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig, er det opp til Arbeidstilsynet å foreta denne vurderingen.

De nærmere bestemmelsene om Arbeidstilsynet finnes i arbeidsmiljølovens kapittel 18. Bestemmelsene kan systematisk plasseres i to grupper: 1) kontrollhjemler og 2) reaksjonshjemler.²¹⁹

5.2.2 Kontrollhjemler

Kontrollhjemlene regulerer Arbeidstilsynets myndighet til å undersøke og kontrollere at lovens krav overholdes.

En måte å utøve kontrollfunksjon på er ved tilsyn eller inspeksjoner på arbeidsplassen. Arbeidstilsynets inspeksjonsmyndighet er hjemlet i arbeidsmiljølovens § 18-4 (1) første punktum, hvor det fremgår at Arbeidstilsynet til enhver tid skal ha uhindret adgang til ethvert sted som omfattes av loven. Lovens ordlyd tilsier derfor at Arbeidstilsynet også kan utføre tilsyn i private hjem så lenge vedkommende mottar hjelp fra hjemmetjenesten.

I praksis har Arbeidstilsynet ikke utført inspeksjoner i private hjem. Selv om arbeidsmiljøloven gjelder for arbeid i private hjem, tilsier hensynet til personvern og

²¹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)s. 65, punkt 4.3.1.

²¹⁹ NOU 2004:5, s. 460.

privatlivets fred at Arbeidstilsynet ikke har inspeksjonsrett i private hjem.²²⁰ Hvis tjenestemottaker samtykker til inspeksjon stiller situasjonen seg derimot annerledes. I særskilte situasjoner kan det være på sin plass med inspeksjon til tross for at tjenestemottaker ikke samtykker. Det vil for eksempel kunne være tilfellet hvis det har skjedd en større ulykke eller hvis forholdene må anses for å være uholdbare. Jeg mener at det i slike situasjoner kan argumenteres med at hensynet til tjenestemottakers personvern og privatlivets fred må kunne innskrenkes. Tjenestemottaker risikerer i slike tilfeller at hjemmet blir stengt som arbeidsplass av verneombudet. En inspeksjon fra Arbeidstilsynet kan indirekte være med på å sikre tjenestemottakers rettssikkerhet i en konfliktsituasjon.

Arbeidstilsynet synes på prinsipielt grunnlag å være avvisende til tilsyn i private hjem. I ”Arbeidsmiljø i hjemmetjenesten – en veileder” uttaler Arbeidstilsynet at ”[s]iden Arbeidstilsynet ikke fører tilsyn i private hjem, blir vår kontroll med at virksomheten (kommunen) har et internkontrollsystem, som omhandler arbeidsforholdene i hjemmetjenesten, enda viktigere”.²²¹

Arbeidstilsynet har, som tidligere nevnt, i løpet av de siste årene gjennomført en kampanje når det gjelder arbeidsforholdene i hjemmetjenesten.²²² Målet med kampanjen har vært å kartlegge arbeidsforholdene i hjemmetjenesten, og på den måten øke bevisstheten om og bidra til bedre helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Resultatet fra Arbeidstilsynets undersøkelse avdekket imidlertid fortsatte store arbeidsmiljøutfordringer i hjemmetjenesten.²²³

En annen måte å sikre en effektiv kontrollfunksjon er å kreve opplysninger som er nødvendig for utførelsen av tilsynet. Etter arbeidsmiljølovens § 18-5 har Arbeidstilsynet rett til å kreve opplysninger fra enhver som er underlagt tilsyn. Det innebærer at

²²⁰ Vesterager (2001) s. 66 og s. 121(vedlegg 7: Svarbrev fra Direktoratet for Arbeidstilsynet).

²²¹ Kjøllmoen (2006) s. 46.

²²² ”Rett hjem”- kampanjen ble gjennomført senest i 2007.

²²³ Kjøllmoen (2006) s. 6 og Hernes (2007).

Arbeidstilsynet kan kreve opplysninger fra både arbeidsgiver og arbeidstakere. Denne plikten kan imidlertid ikke sies å gjelde overfor tjenestemottaker. Dette kan utledes fra regelen i den tidligere arbeidsmiljøloven fra 1977 § 30 nr. 3 om bedriftshelsepersonellens plikt til å samarbeide med og bistå Arbeidstilsynet. Ordlyden i bestemmelsen er ikke videreført i loven fra 2005, men er antatt å gjelde like fullt. Det vises i denne sammenheng til NOU 2004:5 hvor det fremgår at § 18-5 er en videreføring av den tidligere § 82 i arbeidsmiljøloven fra 1977. En slik regel ville vært unødvendig dersom tilsynet allikevel kunne kreve opplysninger direkte.²²⁴

Det må også nevnes at unnlatelse av å gi opplysninger kan være straffbart, jfr. arbeidsmiljølovens § 19-4. Plikten til å gi opplysninger må imidlertid ses i sammenheng med forbudet mot selvinkriminering som er innfortolket i EMK artikkel 6 nr. 1. Adgangen til å bøtelegge er derfor begrenset hvis opplysninger ikke gis.²²⁵

5.2.3 Reaksjonshjemler

Arbeidstilsynet kan ved overtredelser av arbeidsmiljøloven og bestemmelser gitt i medhold av denne, gi pålegg og treffe enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføringen av bestemmelsene i loven, jfr. arbeidsmiljølovens § 18-6. Arbeidstilsynet kan videre gi tvangsmulkt, samt kreve at arbeidet stanses dersom pålegget ikke er oppfylt innen fristen, jfr. arbeidsmiljølovens § 18-7 og § 18-8.

I Arbeidstilsynets tilsynsrunde med hjemmetjenesten i 2007 ble det gitt en rekke pålegg.²²⁶ Blant annet ble det gitt pålegg om tiltak for å sikre at det systematiske HMS-arbeidet skulle fungere som forutsatt, tiltak for å forebygge og redusere helsebelastninger som følge av organisatoriske forhold, pålegg om systematisk medvirkning fra verneombudet i arbeidsmiljøspørsmål, pålegg om systematisk gjennomføring av tilrettelagt opplæring for

²²⁴ Aune (2005) s. 1129.

²²⁵ Ibid. s. 1129.

²²⁶ Arbeidstilsynet (2007).

minoritetsspråklige ansatte, tiltak for å forebygge og redusere helsebelastninger som følge av kontakt med andre, eksempelvis vold eller trusler om vold, tiltak for å forebygge og redusere helsebelastninger som følge av tunge løft og uheldige arbeidsstillinger, samt tiltak for å ivareta enhetens reelle mulighet for å tilrettelegge arbeidet individuelt. For alle påleggspunktene gjaldt et generelt krav om at verneombudet skulle medvirke ved planlegging og gjennomføring av de enkelte tiltakene.

Konsekvensen av at påleggene ikke oppfylles innen de frister som Arbeidstilsynet setter, kan være løpende tvangsmulkt eller engangsmulkt, jfr arbeidsmiljølovens § 18-7. I tillegg kan Arbeidstilsynet stanse virksomhetens aktivitet helt eller delvis dersom påleggene ikke etterkommes. Full stans i virksomheten vil dog være svært uhensiktsmessig i hjemmetjenesten, da pasientene i så fall vil bli skadelidende.

5.3 Likestillings - og diskrimineringsombudet og Likestilling - og diskrimineringsnemnda

5.3.1 Innledning

En sentral oppgave for både Likestillings- og Diskrimineringsombudet (Ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (Nemnda) er å være et alternativ til domstolsbehandling når det gjelder saker om diskriminering. Klagebehandlingen er gratis og er ment som et lavterskeltilbud for folk som mener de er utsatt for diskriminering. Det er ikke et krav at man først bringer saken inn for Ombudet og eventuelt videre til Nemnda til fornyet vurdering. Det er ingenting i veien for å bringe en sak om diskriminering direkte til domstolene, selv om dette presumptivt er både mer kostbart og tidkrevende.²²⁷

²²⁷ Likestillings- (2007).

De nærmere regler om organiseringen av, og virksomheten til, Ombudet og Nemnda er regulert i Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda av 10. juni 2005, nr. 40 (diskrimineringsombudsloven). Ombudet og Nemnda startet sin virksomhet 1.januar 2006. Ombudet har overtatt oppgavene etter det tidligere Likestillingssenteret, Likestillingsombudet og Senter mot etnisk diskriminering (SMED), mens Nemnda har overtatt oppgavene etter den tidligere Klagenemnda for likestilling.

5.3.2 Likestillings- og diskrimineringsombudet

Hvis en arbeidstaker mener seg utsatt for diskriminering kan vedkommende ta kontakt med Likestillings- og diskrimineringsombudet. Ombudet har som oppgave å bekjempe diskriminering og fremme likestilling uavhengig av blant annet kjønn, funksjonshemming, språk, religion, seksuell orientering og alder, jfr. diskrimineringslovens § 3. Ombudet skal også være en pådriver i arbeidet for økt likestilling i samfunnet, og har til oppgave å føre tilsyn med og medvirke til at diskrimineringslovgivningen overholdes. En viktig oppgave i så måte er å komme med uttalelser i saker om diskriminering. I tillegg skal Ombudet gi veiledning i diskrimineringssaker som omfattes av andre regler enn de Ombudet håndhever, samt motta klager fra alle som mener seg diskriminert.

5.3.3 Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Hvis en arbeidstaker (part) er uenig i Ombudets avgjørelse eller uttalelser, kan vedkommende klage saken inn for Nemnda. Nemnda har som oppgave å behandle klager på Ombudets avgjørelser, enten klagen er brakt inn av ombudet, en av partene eller en som har reist sak uten å være part. Nemnda kan også kreve at ombudet bringer nærmere bestemte saker som er behandlet av Ombudet inn for Nemnda, jfr diskrimineringslovens § 6 (2).

Nemnda kan, i motsetning til Ombudet, treffe vedtak om at det foreligger brudd på diskrimineringslovgivningen.²²⁸ Men nemndas kompetanse er avgrenset til de situasjonene hvor vedtak kan avverge en videre diskriminerende handling. Nemnda kan ikke fatte vedtak om retting eller stansing i saker hvor det dreier seg om en enkeltstående diskriminerende handling uten fare for gjentakelse.

Nemnda kan også treffe vedtak om tvangsmulkt, selv om dette i praksis gjøres sjelden.²²⁹ De fleste som får et vedtak fra Nemnda mot seg føler seg forpliktet til å innrette seg i samsvar med dette.

Nemnda har ikke kompetanse til å oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer, eller gi pålegg om innholdet i et vedtak fra andre offentlige myndigheter.

Dersom arbeidstaker kun er ute etter erstatning for brudd på diskrimineringslovgivningen, må vedkommende bringe saken direkte inn for domstolene. Nemnda har ikke kompetanse til å ilegge erstatning.

5.4 Domstolene

Arbeidstaker kan også ta ut privat søksmål for domstolene i den grad arbeidstaker ønsker en fastsettelses eller fullbyrdelsesdom. En slik prosess kan imidlertid være en både tidkrevende og kostnadskrevende prosess, sammenliknet med behandlingen hos for eksempel Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

²²⁸ Ombudet kan i særlige tilfeller fatte hastevedtak, jfr diskrimineringslovens § 4.

²²⁹ Jfr samtale med Helga Aune, tidligere leder av Klagenemnda for likestilling. Det har for øvrig ikke vært aktuelt for Nemnda å treffe vedtak om tvangsmulkt verken i 2006 eller i 2007.

Arbeidsretten er en særdomstol på arbeidsrettens område. Dens oppgaver reguleres av Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927, nr. 1 (arbeidstvistloven). Arbeidsretten behandler tvister om gyldigheten og fortolkningen av tariffavtaler, samt visse tvister om fortolkning av arbeidstvist- og tjenestetvistelovens regler. Arbeidsretten behandler dessuten tvister om brudd på tariffavtaler og om sanksjoner ved slike avtalebrudd, og videre tvister om erstatningsansvar ved avtalebrudd og ulovlig arbeidsstans.²³⁰

Fordi Arbeidsretten først og fremst behandler tariffavtaler og lignende, vil tvister som omhandler individuelle arbeidsavtaler, herunder arbeidsmiljøbetingelser normalt høre inn under de alminnelige domstolenes saksområde. Spørsmål om heving av arbeidskontrakter og erstatningssaker som følge av brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser vil derfor vanligvis gå for de alminnelige domstolene. Det viser seg imidlertid at arbeidstvister knyttet til arbeidsmiljøet i hjemmetjenesten i praksis sjelden blir brakt inn for domstolsapparatet. Domstolene har dermed ikke utøvd den kontrollfunksjonen som kunne vært ønskelig på dette arbeidslivsområdet.

²³⁰ Jakhelln (2006) s. 582-584 og

http://www.domstol.no/DAtemplates/Article_3067.aspx?epslanguage=NO.

DEL V

AVSLUTNING

1 Avsluttende bemerkninger

Arbeidsmiljøloven gir et godt lovmessig fundament for å sikre arbeidstakers rettigheter i private hjem. Det er imidlertid ikke arbeidsmiljøloven i seg selv som skaper problemer for de ansatte i hjemmetjenesten. Problemet for de ansatte er først og fremst at kommunen som arbeidsgiver samtidig er forpliktet til å yte hjelp til sine innbyggere (tjenestemottakere). Denne dobbeltrollen får ofte konsekvenser for arbeidstakere selv om deres rett til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i utgangspunktet er helt uavhengig av kommunens forpliktelser overfor sine tjenestemottakere.

I denne oppgaven har jeg konkretisert arbeidsmiljølovens bestemmelser i relasjon til forholdene i private hjem og tydeliggjort at ansatte i hjemmetjenesten har rett til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø på lik linje med andre arbeidstakere. Jeg har også pekt på situasjoner i hjemmetjenesten som erfaringsmessig kan skape problemer i så måte.

Arbeidstilsynets kampanje "Rett-hjem" i årene 2002-2007 har vist nedslående resultater når det gjelder arbeidsforholdene for de ansatte i hjemmetjenesten. Arbeidet er i stor grad preget av alenearbeid, stort tidspress og mangelfull tilrettelegging av det fysiske og det psykososiale arbeidsmiljøet. Dette er allikevel ikke ny kunnskap. Allerede før arbeidet med NOU 1999:13 "Kvinnens helse i Norge" var påbegynt, ble det konstatert omfattende arbeidsmiljøproblemer for de ansatte i hjemmetjenesten.

Årsakene til at det i praksis ikke har blitt stilt større krav til arbeidsmiljøet i private hjem er flere. Arbeidstilsynets kampanje ”Rett-hjem” avdekket blant annet at ansatte i hjemmetjenesten ikke har tilstrekkelige kunnskaper om hvilke rettigheter de har som arbeidstakere.²³¹ Det er vanskelig å kreve sin rett når man ikke har tilstrekkelige kunnskaper, og det finnes få konkrete eksempler på hva et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for denne gruppen arbeidstakere faktisk innebærer. Generelle juridiske prinsipper blir fort for vanskelige å anvende i praksis for hjemmetjenestens aktører. For å veilede og bevisstgjøre ansatte i hjemmetjenesten bør man derfor be dem stille seg selv spørsmålet om de ville ha godtatt de samme arbeidsvilkårene dersom de arbeidet på kontor eller en industriarbeidsplass, jfr. Del III, punkt 2.2.2.

Videre kan en årsak til at det i praksis ikke har blitt stilt strengere krav til arbeidsforholdene i private hjem, muligens skyldes strukturell diskriminering. Hjemmetjenesten er en typisk kvinnearbeidsplass hvor det har ikke vært kultur for å kreve bedre arbeidsbetingelser. Arbeidstakere har latt seg altfor fort avfeie med at når man selv har valgt å jobbe i private hjem, må man godta de arbeidsforhold som råder der. Kommunen kan på sin side også ha økonomiske interesser, i hvert fall på kort sikt, i at de ansatte ikke krever bedre tilrettelegging. Dette fordi kommunen som arbeidsgiver vil være forpliktet til å dekke kostnadene ved bedre tilrettelegging.

Hvis arbeidsmiljøforholdene forblir et individuelt ansvar for den enkelte arbeidstaker, ender man opp med at det er de ansatte i hjemmetjenesten som må betale prisen for manglende eller dårlig tilrettelagt arbeidsmiljø, i form av redusert helse. Belastningslidelser grunnet for eksempel tunge pasientløft og uheldige arbeidsstillinger som over tid har ført til muskel- og skjelettsykdommer, godkjennes ikke som yrkesskade.²³² Dette rammer de ansatte i hjemmetjenesten ekstra hardt fordi de arbeider i et yrke og på en arbeidsplass hvor man er særlig utsatt for belastningslidelser. Situasjonen er derfor ekstra betenkelig.

²³¹ Domaas (2007).

²³² Jfr. lov om folketrygd av 28. februar 1997, nr 19, § 13-3 (3).

Den manglende etterlevelsen av arbeidstakers rettigheter er ikke bare et problem for arbeidstakerne, med risikerer også å bli et problem for tjenestemottaker. Arbeidstakere kan nekte å utføre arbeidsoppgaver i private hjem i den grad arbeidsmiljøet ikke er fullt forsvarlig. Konsekvensen kan bli at kommunen ikke har eller får ansatte til å hjelpe vedkommende tjenestemottager. Tilbudet om hjemmetjenester kan dermed stå i fare, og tjenestemottager kan risikere å bli tilbudt hjelp på andre måter, for eksempel i form av institusjonsplass.

Norge er gjennom ratifikasjon og inkorporeringen av kvinnekonvensjonen forpliktet til å føre en politikk som med alle midler tar sikte på å avskaffe alle former for kvinnediskriminering. Etter kvinnekonvensjonens art 5 a har staten forpliktet seg til å treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe praksis som bygger på stereotype manns- og kvinneroller, eller forestillingen om at det ene kjønn er underlegent det andre. Bedring av arbeidsvilkårene for ansatte i hjemmetjenesten, herunder sørge for etterlevelse av allerede eksisterende rettigheter og et mer effektivt håndhevingsapparat, er et viktig arbeidsområde i så måte. På dette området har norske myndigheter grunn til å gjøre en vesentlig bedre innsats.

LITTERATURLISTE²³³

- Abrahamsen, Bente** *Heltid eller deltid?- Kvinners arbeidstid i kvinnedominerte og mannsdominerte yrker. Rapport nr. 6, Oslo, 2002.*
- Andenæs, Johs og Anders Bratholm** *Spesiell strafferett. Universitetsforl., Oslo, 1996.*
- Andreassen, Stine** *Arbeidsmiljølovens vern mot uønsket seksuell oppmerksomhet. Ad notam Gyldendal, Oslo, 1997.*
- Aune, Helga og Henning Jakhelln** *Arbeidsrett.no. Damm, Oslo, 2005.*
- Bruzelius, Karen M.** *Norsk lovkommentar - likestillingsloven I: Gyldendals rettsdata. 2008.*
- Callemann, Catharina** *Ett riktig arbeid?- -om reguleringen av hushållstjänster. PANG, Umeå, 2007.*
- Dahl, Tove Stang** *Kvinnerett I. Universitetsforl., Oslo, 1985.*
- Domaas, Kaare** *500 nye tilsyn i hjemmetjenesten. I: en utfordring å få politikerne i tale : rett hjem-kampanjen fortsetter Nr. 2, 2007. s.16-17 : port.*

²³³ Basert på Endnote

- Einarsen, Ståle og Harald Pedersen** *Håndtering av konflikter og trakassering i arbeidslivet.* Gyldendal akademisk, Oslo, 2007.
- Fauchald, Ole Kristian [et al.]** *Dog fred er ej det bedste-: festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006.* Universitetsforl., Oslo, 2006.
- Fougner, Jan og Lars Holo** *Arbeidsmiljøloven: lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. : kommentarutgave.* Universitetsforl., Oslo, 2006.
- Gisle, Jon** *Jusleksikon.* 2.utgave. utg. Kunnskapsforlaget, Oslo, 2003.
- Graver, Hans Petter** *Alminnelig forvaltingsrett.* 2. utg. Universitetsforlaget, Oslo, 2002.
- Guldvik, Ingrid** *Mellom brukerstyring og medbestemmelse - Å jobbe som personlig assistent.* 2001. (ØF-rapport; nr. 4).
- Hellum, Anne og Kirsten Ketscher** *Likestillings og diskrimineringsrett.* Universitetsforlaget, Oslo, 2008 (Boken er under publisering).
- Hernes, Per Olav** *Hjemmetjenesten strever i motbakke.* I: Arbeidervern nr. 4, 2007. s.12-13.
- Hestnes, Grete Ebbel og Hans Knut Otterstad** *Leon-prinsippet tjener både brukere og kommune.* I: Sykepleien nr.12, 1998.
- Jakhelln, Henning** *Tobakksrøkning og arbeidsmiljølovens bestemmelser.* Universitetsforlaget, Oslo, 1983.

Jakhelln, Henning	<i>Brannmannskapers innsatsplikt og plikten til å ivareta egen sikkerhet under redningsaksjoner m.v.</i> , 2003.
Jakhelln, Henning	<i>Oversikt over arbeidsretten</i> . Damm, Oslo, 2006.
Ketscher, Kirsten	<i>Socialret: almindelige principper : retssikkerhed og administration : grundværdier</i> . Thomson, København, 2002.
Ketscher, Kirsten	<i>Borgerens ret til høflig og hensynsfuld behandling</i> . 2004. (Festskrift til Gammeltoft-Hansen)
Kjellehold, Alice	<i>Sosialhjelp på vilkår - Om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser</i> . Juridisk Forlag 1995.
Kjøllmoen, Siv Karin	<i>Arbeidsmiljø i hjemmetjenesten: en veileder</i> . Sosial- og helsedirektoratet, Oslo, 2006.
Kjønstad, Asbjørn	<i>Er det en menneskerett å røyke tobakk?</i> I: Kritisk juss Årg. 30, nr. 2, 2004a, s.[191]-198.
Kjønstad, Asbjørn	<i>Røykfrie serveringssteder</i> . I: Lov og Rett nr. 4/5 , 2004b, s. 211.
Kjønstad, Asbjørn	<i>Helserett: pasienters og helsearbeideres rettsstilling</i> . Gyldendal akademisk, Oslo, 2007.
Larsen, Per Arne	<i>Arbeidsmiljøloven: kommentarer, praksis, veiledning</i> . Gyldendal akademisk, Oslo, 2006.

Likestillings- og diskrimineringsnemda	<i>Diskrimineringsjuss i PRAKSIS – en juridisk fagrapport.</i> Oslo, 2007.
Lindbak, Rita Lill og Marianne Lund	<i>Tall om tobakk: 1973-2003.</i> Sosial- og helsedirektoratet, Oslo, 2004.
Lund, Marianne og Rita Lill Lindbak	<i>Tall om tobakk: 1973-2006.</i> Sosial- og helsedirektoratet, Oslo, 2007.
Matningsdal, Magnus	<i>Norsk lovkommentar. I: Gyldendal Rettsdata.</i> 2008.
Monstad, Nina Jenny T.	<i>Hjemmesykepleiere i klemma. I: Tidsskriftet sykepleien</i> Årg 95, nr 13 (2007) s.59-61.
Møse, Erik	<i>Menneskerettigheter.</i> Cappelen akademisk forl., Oslo, 2002.
Noer, Sandra Mei Ling og Susanne Frisk	<i>Slått og drapstruet på jobben - Hjemmetjenesten refsers kraftig i en ny rapport fra Arbeidstilsynet. I:NRK Østlandssendingen.</i> 5.februar 2008.
Næss, Sturle	<i>Utskjelling - et arbeidsmiljøproblem i den hjemmebaserte omsorgen. I:Tidsskrift for Velferdsforskning vol.2. nr.1, 1999. s. 3-18.</i>
Pedersen, Harald	<i>Arbeidsmiljøloven §12 og psykososialt arbeidsmiljø.</i> Tiden, Oslo, 2002.
Pettersen, Børre	<i>Arbeidsmiljøloven.</i> Gyldendal akademisk, Oslo, 2005.

- Selboe, Aud, Leif Bollingmo og Karl Elling Ellingsen** *Selvbestemmelse for tjenestenytere.* Gyldendal akademisk, Oslo, 2005.
- Strand, Vibeke Blaker** *Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett - et ensartet vern? I: Lov og Rett nr.3, 2007 s. 131-153.*
- Trygstad, Sissel C., Birgitte Johansen og Merethe Sollund** *Bedre arbeidsmiljø i hjemmetjenesten?: evaluering av Arbeidstilsynets landsomfattende kampanje "Rett hjem".* Nordlandsforskning, Bodø, 2003.
- Utaaker, Edle** *Rett hjem- kampanje i hjemmetjenesten 2002-2007. Resultatet og foreløpige konklusjoner. I: Arbeidstilsynet. 2007.*
- Vesterager, Hanna** *Ditt hjem - vår arbeidsplass: en arbeidsmiljøhåndbok.* Kommuneforl., Oslo, 2001.
- Vesterager, Hanna** *Arbeidsmiljø i særklasse?: hjemmetjenesten i praksis.* Kommuneforl., Oslo, 2006.
- Watne, Monique** *Skeptiske til mannlige pleiere. I: Dagsavisen. 15. mars 2007.*
- Weiss, Jakob** *Massiv sexchikane på plejehjem. I: Berlingske. 27. april 2008. s.6.*
- Wergeland, Ebba** *Hva en hjelpepleier "bør kunne regne med..." I: Arbeidervern nr. 2, 2007 s. 18.*

Aasen, Tone

Vold og trusler - omsorgsfiender. Avsluttende eksamen i sykepleie, Høgskolen i Akershus, avdeling for sykepleierutdanning, 1996.

LOVER

Straffeloven

Alminnelig borgerlig straffelov fra 29. mai 1902, nr.10.

Arbeidstvistloven

Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927, nr. 1

Likestillingsloven

Lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978, nr. 45.

Kommunehelsetjenesteloven

Lov om helsetjenesten i kommunene av 19. november 1982, nr. 66.

Sosialtjenesteloven

Lov om sosiale tjenester av 13. desember 1991, nr. 81.

Smittevernloven

Lov om vern mot smittsomme sykdommer av 5. august 1994, nr. 55.

Folketrygdloven

Lov om folketrygd av 28. februar 1997, nr. 19.

Pasientrettighetsloven

Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999, nr. 63

Helsepersonelloven

Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999, nr. 64

Diskrimineringsloven

Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. av 3. juni 2005, nr. 33.

Arbeidsmiljøloven

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 15. juni 2005, nr. 38.

KONVENSJONER OG LIGNENDE

**Den europeiske
menneskerettskonvensjon**

Den europeiske menneskerettskonvensjon, 4. november 1950

**FN konvensjon om sivile og
politiske rettigheter**

FN konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966

**FN konvensjonen om
økonomiske, sosiale og
kulturelle rettigheter**

FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 16. desember 1966

2000/C364/01

Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter. 2000.

**ILO-konvensjon nr.
155/1981**

ILO-konvensjon nr 155/1981 Sikkerhet, helse og arbeidsmiljøet

FORSKRIFTER

FOR 1989-06-08 nr. 914

Forskrift om hvilke virksomheter som skal ha knyttet til seg verne- og helsepersonale (bedriftshelsetjeneste) av 8. juni 1989, nr. 914.

FOR 1995-01-20 nr. 156

Forskrift om tungt og ensformig arbeid av 20. januar 1995, nr. 156.

FOR-1995-02-16 nr. 170

Forskrift om arbeidsplasser og arbeidslokaler av 16. februar 1995, nr 170.

FOR-2002-07-05 nr. 716

Forskrift 5. juli 2002 nr. 716 om husarbeid, tilsyn og pleie i privat arbeidsgivers hjem eller hushold

FOR-2002-12-20 nr. 1731

Forskrift om internkontroll i sosial- og helsetjenesten av 20. desember 2002, nr 1731.

RÅDSDIREKTIV

76/207/EØF

Rådsdirektiv av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår

91/533/EØF

Rådsdirektiv av 14. oktober 1991 om arbeidsgivers plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet

2002/73/EF

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2002/73/EF av 23. september 2002 om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføringen av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (Rådsdirektiv 2002/73/EF).

NOU

**NOU 1999:13
NOU 1999:34**

Kvinnens helse i Norge.
Nytt millenium - nytt arbeidsliv.

NOU 2001:22	Fra bruker til borger.
NOU 2002:12	Rettslig vern mot etnisk diskriminering
NOU 2003:2	Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget: Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
NOU 2004:18	Helhet og plan i sosial - og helsetjenestene.
NOU 2008:1	Kvinner og homofile i trossamfunn, Likestillingslovens og arbeidsmiljølovens særlige unntak fra forbudet mot diskriminering.

ST.MELD.

St.meld. nr 25 (2005-2006)	Mestring, muligheter og mening. Framtidas omsorgsutfordringer
-----------------------------------	---

OT.PRP.

Ot.prp.nr. 33 (1974-1975)	Lov om likestilling mellom kjønnene.
Ot.prp.nr. 3 (1975-1976)	Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp.nr. 27 (1987-1988)	
Ot.prp.nr. 13 (1998-1999)	Helsepersonell mv (helsepersonelloven).
Ot.prp.nr. 28 (1999-2000)	Om lov om endringer i straffeloven m.v (seksuallovbrudd)
Ot.prp.nr. 77 (2000-2001)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv.
Ot.prp.nr. 33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.(arbeidsmiljøloven).
Ot.prp.nr. 84 (2005-2006)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

INNST.O.

Innst.O. nr 2 (1994-1995)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. .
----------------------------------	--

NORSK RETTSPRAKSIS

Rt. 1981 s. 312

Rt. 1989 s. 329

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1997 s. 786

Rt. 1997 s. 1506

Rt. 2000 s.1602

Rt. 2004 s. 1844

Rt. 2005 s. 1628

HR-2008-00471-U

Ulovlig videoovervåkning.

Falkendommen.

Stryn apotek.

Nøkk-dommen.

RG. 1997 s. 722

LB-2007-183830-U

TAHER-2005-182733

TOSLO-2004-99016

OBYF- 07-171310TVA-U

Simens Business Services.

SVENSK RETTSPRAKSIS

RÅ 1990 ref 44.
Regeringsrätten

EFTA-DOMSTOLEN

**E-1/02 (Universitetet i Oslo-
saken)**

EF-DOMSTOLEN

C-409/95 (Marshall-saken)

C-450/93 (Kalanke-saken)

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGS- NEMNDA

Sak nr. 2003/08

Klagenemnda for likestilling

Sak nr. 2003/09

Klagenemnda for likestilling

Sak nr. 2006/16

Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Sak nr. 2006/24

Likestillings- og diskrimineringsnemnda

DIVERSE

Statistisk sentralbyrå

Antall fullførte utdanninger, etter kjønn, studieåret 1999/2000. I: Statistisk sentralbyrå. 2001.

**Direktoratet for
arbeidstilsynet**

Klageavgjørelse 00/1742444 fra Direktoratet for arbeidstilsynet. 2000.

Arbeidstilsynet

Vedtak om pålegg - hjemmetjenesten og boliger i bydel Bjerke 16.11 2007.

**Innstillingsrådet for
dommere**

Årsmelding. 2007.